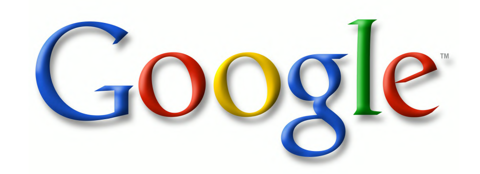


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



3 2044 078 036 233
HD

Bd. Oct. 1896.



HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 21, 1892

BK 2006



German

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Lehrbuch

des

Handelsrechts

von

Dr. J. Fr. Behrend,
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau.

Erster Band.
Abtheilung I.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1886.

Digitized by Google

For TX
B4214h

Rec. March 21, 1892

Druck von Troitzsch u. Ostertag in Berlin.

Digitized by Google

Vorwort.

Das Lehrbuch des Handelsrechts, dessen Beginn hier veröffentlicht wird, ist die Ausführung eines lange gehegten Plans. Meine Absicht ist dabei auf eine systematische Darstellung des heutigen deutschen Handelsrechts gerichtet, welche, ohne auf eine wissenschaftliche, und wo es nöthig ist, selbständige Begründung der einzelnen Lehren zu verzichten, doch die einem Lehrbuch zustehenden räumlichen Grenzen nicht überschreitet. Dasselbe soll in zwei Bände zerfallen, von denen der erste das s. g. allgemeine oder eigentliche Handelsrecht, der zweite die Specialtheile enthalten soll. (Vgl. hierüber S. 17 f.). Die Vergleichung der wichtigsten außerdeutschen Europäischen Gesetzgebungen, welche der Darstellung in der Form von Zusätzen zu den einzelnen Paragraphen beigefügt ist, wird man nicht als eine Ueberschreitung des Planes ansehen; schon wegen des historischen Zusammenhangs, in welchem unser H.G.B. zu der Mehrzahl dieser Gesetzgebungen steht, erschien es geboten, dieselben mit zu berücksichtigen. Aber auch die Beschränkung, die ich mir in dieser Hinsicht auferlegt habe, wird, wie ich hoffe, gerechtfertigt befunden werden. Vorzugsweises Gewicht ist bei den vergleichenden Uebersichten auf das französische Recht gelegt, bei dem auch darauf Bedacht genommen ist, die höchst ergiebige Entwickelung der Jurisprudenz einigermaßen zur Anschauung zu bringen; daran schließen sich die belgische Revision des Code de commerce, das holländische, italienische, spanische und portugiesische Gesetzbuch sowie das aus dem deutschen hervorgegangene ungarische H.G.B. Benutzt sind mit Ausnahme des letzteren überall die Originaltexte. Der Entwurf des neuen italienischen H.G.B.'s ist nur ausnahmsweise herangezogen worden, nach den Mittheilungen

Digitized by Google

von Serafini im jüngsten Heft des Archivio giurid. Vol. XXIII p. 515, 526, 539 [1] scheint die Aussicht, daß derselbe zum Gesetz erhoben wird, bedeutend näher gerückt. In diesem Fall wird sich Gelegenheit bieten, das Erforderliche nachzutragen. Ebenso mochte ich den Entwurf des schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts, von dem im vorigen Jahr eine neue zweisprachige Redaktion mit höchst beachtenswerthen, von Fick herrührenden Motiven erschienen ist, vor seiner Erhebung zum Gesetz nicht verwerthen. — Nicht durchgängig läßt sich ferner bei den Parallelen mit den modernen Gesetzgebungen das englische Recht in Betracht ziehen. Fruchtbaren Stoff hierzu liefert dasselbe regelmäßig nur da, wo ihm selbst neuere Gesetze zu Grunde liegen.

Das eigentliche Ziel der Darstellung ist aber, wie ich nochmals hervorhebe, nicht die Rechtsvergleichung, sondern das deutsche Handelsrecht. Ich darf es nicht unternehmen, die Anlage des Werkes in dieser Hinsicht besonders zu rechtfertigen.

Greifswald, im April 1880.

Digitized by Google

Vorwort

zur ersten Abtheilung des ersten Bandes.

Viel länger, als ich beim Beginn meiner Arbeit angenommen, hat sich die Fortsetzung derselben verzögert. Die Schuld hieran tragen zum größten Theil äußere Gründe, und da die hierdurch verursachten Störungen gegenwärtig beseitigt sind, so darf ich für die Zukunft ein rascheres Erscheinen in Aussicht stellen.

Räumlich hat die Darstellung den ursprünglich beabsichtigten Umfang erheblich überschritten. Es hat sich im Lauf der Arbeit gezeigt, daß „die wissenschaftliche und, wo es nöthig ist, selbständige Begründung der einzelnen Lehren", die ich mir in dem Vorwort vom April 1880 zum Ziel gesetzt hatte, innerhalb der hier gezogenen Grenzen nicht durchführbar ist, daß es namentlich, wenn mit jener Aufgabe Ernst gemacht werden soll, unmöglich ist, das sog. allgemeine oder eigentliche Handelsrecht in einem Band zum Abschluß zu bringen.

Ich beabsichtige daher, gegenwärtig den ersten Band mit dem Gesellschaftsrecht zu beendigen, den Rest des Handelsrechts dagegen einem zweiten Bande vorzubehalten.

Eine Aenderung soll ferner in der Art des Erscheinens eintreten. Es sollen künftig nicht mehr einzelne, inmitten der Darstellung abbrechende Lieferungen, sondern entweder ganze Bände oder doch größere, in sich abgeschlossene Abtheilungen zur Veröffentlichung gelangen. Der noch ausstehende Theil des Gesellschaftsrechts wird die zweite Abtheilung des ersten Bandes bilden.

In Bezug auf Form und Inhalt der Darstellung ist keine wesentliche Aenderung beabsichtigt. Nur sollen in Zukunft die Uebersichten über die fremden Gesetzgebungen etwas mehr als bisher eingeschränkt werden.

Digitized by Google

Das Bestreben, in dieser Hinsicht den von der Kritik geäußerten Bedenken gerecht zu werden, ist schon in der letzten Lieferung leitend gewesen. Im Allgemeinen glaube ich freilich bei der Vergleichung der außerdeutschen Rechte den bisher eingenommenen Standpunkt auch ferner festhalten zu sollen.

Im Uebrigen mag das Werk für sich selbst sprechen. Auf die Anerkennung gewissenhafter Arbeit glaube ich Anspruch machen zu dürfen. Möge man auch finden, daß dieselbe nutzbringend ist! Dann werde ich die mir zu Gebote stehende Zeit und Kraft gern ihrer Fortsetzung widmen.

Nachträge und Berichtigungen sollen der zweiten Abtheilung beigefügt werden. Hier mag nur bemerkt werden, daß das neue italienische Handelsgesetzbuch und das schweizerische Obligationen- und Handelsrecht seit der dritten Lieferung (Zusatz zu § 55 S. 386) berücksichtigt werden konnten.

Breslau, im April 1886.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

(Die §§, auf welche Zusätze folgen, sind hier durch einen Stern kenntlich gemacht.)

Einleitung.

Erstes Buch.

Die Rechtsquellen und ihr Anwendungsgebiet.

Digitized by Google

Zweites Buch.

Der Betrieb des Handelsgewerbes.

Erstes Kapitel.

Die Person des Kaufmanns.

Zweites Kapitel.

Die Einrichtung des Geschäftsbetriebs.

Drittes Kapitel.

Hülfspersonen und Hülfsinstitute.

Erster Abschnitt: Die Gehülfen des Kaufmanns.

Digitized by Google

Seite

Zweiter Abschnitt: Stellvertretung.

Dritter Abschnitt: Handelsmäkler und Börsen.

Drittes Buch.

Das Gesellschaftsrecht.

Erstes Kapitel.

Die offene Handelsgesellschaft.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt: Die Kommanditgesellschaft.

Zweiter Abschnitt: Die stille Gesellschaft.

Digitized by Google

Verzeichniß der Abkürzungen.

Er. — Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Deutschland. Erste Abtheilung. Frankfurt a. M. 1849.

Pr. — Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für den Preußischen Staat. Zwei Theile. Berlin 1857.

E. I. — Entwurf der Nürnberger Kommission erster Lesung. Beilageband zu den Protokollen, Theil I S. 141—206.

E. II. — Entwurf der Nürnberger Kommission zweiter Lesung. Ebendaselbst S. 207—246.

W. — Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg. Zwei Theile. Stuttgart 1849, 50.

Or. — Oesterreichischer revidirter Entwurf. Beilageband zu den Protokollen. Theil I S. 69—106.

Om. — Oesterreichischer ministerieller Entwurf. Ebendaselbst S. 107—140.

Prot. — Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen H.G.B.'s, herausg. von Lutz. Neun Bände nebst Beilageband. Würzburg 1858—67.

Go. — Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Band I. Abth. 1. 2. Aufl. Stuttg. 1875, Abth. 2. Erlangen 1868.

R. — Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausg. von den Räthen des Gerichtshofes. Citirt nach Band und Nummer; die Seitenzahlen werden in Parenthese angegeben.

Cl. u. A. — Adler und Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum H.G.B. Wien 1868—75.

Seu. — Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Beide citirt nach Band und Nummer.

v. Völdernd. — Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum Allg. D. H.G.B. Erster Band. Die beiden folgenden Bände werden mit dem Namen des ersten Herausgebers citirt.

Z. — Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.

Bu. — Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Beide nach Band und Seitenzahlen citirt.

Co. — Code de commerce.

Die übrigen Abkürzungen bedürfen keiner Erläuterung. Der erste Band von Thöl's Handelsrecht ist, soweit nicht ausdrücklich eine frühere Auflage bezeichnet wird, von S. 67 an in der 1879 erschienenen fünften Auflage benutzt. Die fremdländischen Lehrbücher werden mit Ausnahme der holländischen nach den durch die verschiedenen Bände fortlaufenden Nummern citirt; bei den letzteren sind die Seitenzahlen (bl.) angeführt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1.
Begriff des Handels.[1]

Ueberall, wo Sondereigenthum und Einzelwirthschaft bestehen, ist die Nothwendigkeit eines Güteraustausches vorhanden. Denn innerhalb der menschlichen Gesellschaft vermag auch bei den einfachsten Culturzuständen der Einzelne seinen Bedarf an Sachgütern nicht vollständig selbst zu beschaffen, d. h. aus seiner eigenen Wirthschaft zu erzeugen. Der hierdurch hervorgerufene Tauschverkehr enthält bereits die Anfänge des Handels, ist aber noch nicht wirklicher Handel, in dem Sinne, den wir gegenwärtig mit diesem Ausdrucke verbinden. Bei fortschreitender Entwickelung werden indeß die Fälle immer seltener, in denen Vorrath und Begehr durch unmittelbare Begegnung einander auszugleichen vermögen. Wie in dem Gelde eine eigene Substanz geschaffen wird, um als allgemeines Tauschmittel zu dienen und die verschiedenen Sachwerthe in sich aufzunehmen, so treten auch frühzeitig besondere Arten menschlicher Thätigkeit hervor, die für jene Ausgleichung die Vermittelung übernehmen. Die Gesammtheit dieser Thätigkeiten und der durch sie begründeten Verkehrsbeziehungen bezeichnen wir mit dem Wort Handel. Der Handel ist demnach der vermittelnde Güterverkehr; er umfaßt alle Geschäfte, die darauf gerichtet sind, den Uebergang von Sachgütern aus einem menschlichen Vermögen in ein anderes durch die Vermittelung der Handeltreibenden herbeizuführen. Er

---

[1]) Von den zahlreichen Erörterungen über den Begriff des Handels bei juristischen und volkswirthschaftlichen Schriftstellern mögen hier hervorgehoben werden: Go. I. § 1, 40; Thöl § 1; Endemann § 1; Massé I. Nr. 3 ff.; Vidari I. Nr. 2 ff.; Ersch und Gruber Encyclopädie Art. Handel (Rau, nachstehend citirt Rau Encycl.); Murhard Theorie des Handels S. 3 ff.; Rau Grundſ. der Volkswirthschaftslehre I. (7. Ausg.) § 102 ff., 406 ff., 416.

Digitized by Google

bewirkt den Umlauf oder die Circulation der Güter und hat mithin neben seiner vermittelnden Funktion zugleich die Bedeutung einer bewegenden Kraft für den menschlichen Verkehr.[2])

§. 2.
Gegenstände des Handels.

Sofern ein Gut als Gegenstand des Handels in Betracht kommt, nennen wir dasselbe Waare.[1]) Alle Güter, welche des Ueberganges aus einem Vermögen in ein anderes fähig sind, können möglicherweise die Eigenschaft der Waare annehmen.[2]) Man hat vielfach den Begriff des Handels und der Waare auf bewegliche Sachen beschränken wollen. Dies ist nicht ganz zutreffend. Auch der Grund und Boden kann Gegenstand des Handels werden, und die Erfahrung bestätigt, daß unter gewissen Verhältnissen Grundstücke in derselben Weise wie andere Waaren von kaufmännischer Speculation ergriffen werden.[3]) Gleichwohl erscheint es gerechtfertigt, die Aus-

---

[2]) Umlauf der Güter ist das Hindurchgehen derselben durch verschiedene menschliche Vermögen; ein Güterumlauf findet daher nur da statt, wo die vermittelnde Thätigkeit des Handels eintritt, nicht wenn dieselben durch einen blos einmaligen Besitzwechsel unmittelbar ihrer wirthschaftlichen Bestimmung zugeführt werden. In demselben Sinn wie Umlauf wird auch das Wort Umsatz gebraucht, aktiv bedeutet dasselbe die auf die Herbeiführung des Umlaufes gerichtete Thätigkeit und fällt in dieser letzteren Bedeutung mit dem Begriff des Handels zusammen. Absatz ist die Veräußerung von Gütern, die Behufs der Veräußerung producirt oder angeschafft sind. Theilweise anders Go. I. § 40.

[1]) Uebereinstimmend Go. I. S. 415 Anm. 24 und die Mehrzahl der das. Angeff. Ebendas. über das im Wesentlichen gleichbedeutende lateinische merx und entsprechende Ausdrücke neuerer Sprachen. — Bekanntlich bedeutet Waare auch das Kaufobject im Gegensatz zum Preis. Abstract genommen, als möglicher Kaufgegenstand, kommt diese Definition auf dasselbe Resultat hinaus wie die im Text gegebene.

[2]) Ebenso Go. S. 416. Also nicht blos Sachgüter in dem Sinn von körperlichen Sachen, sondern auch Rechte (Forderungsrechte, Urheberrechte u. dgl.), Hoffnungen (man denke z. B. an den Verkauf einer Kundschaft) können Objecte des Handelsbetriebs werden; vgl. auch R. 15 S. 149.

[3]) Wirft sich das im Volke vorhandene Kapital in größerem Maßstab auf derartige Unternehmungen, so ist dies freilich stets ein Zeichen ungesunder wirthschaftlicher Zustände. Solche Erscheinungen kommen fast immer vor, wenn die Speculationslust übermäßig angeregt ist, sind also in der Regel die Vorboten von Handelskrisen. Innerhalb beschränkter Grenzen aber ist die vermittelnde Thätigkeit, die das characteristische Merkmal des Handels bildet, für den Verkehr mit Immobilien auch in normalen Zeiten ein wirthschaftliches Bedürfniß. Vgl. Go. I. § 41 a. E.

Digitized by Google

drücke Waare und Handel im engeren Sinne lediglich auf bewegliche Sachen zu beziehen.[4]) Nicht nur, weil die Nothwendigkeit des Austausches und damit auch die Nothwendigkeit des Eintretens einer Vermittelung zum Zweck desselben hier in weit höherem Maße und viel dauernder vorhanden ist, als für Immobilien, sondern auch, weil die treibende Kraft des Handels, welche die Güter an ihren wirthschaftlichen Bestimmungsort schafft, und seine hierauf beruhende Bedeutung für den Weltverkehr sich allein an beweglichen Sachen in vollem Maß zu bewähren vermag.

§. 3.

Andere Begriffsbestimmungen.

Mehrfach ist versucht worden, den Begriff des Handels genauer als hier geschehen, zu bestimmen. Wenngleich indeß diese Begriffsbestimmungen zum Theil eine geschichtliche Berechtigung haben, so laufen sie doch sämmtlich auf Unterscheidungen hinaus, denen, mindestens gegenwärtig, nicht mehr die Bedeutung beigemessen werden kann, als Grundlagen für die Abgrenzung eines eigenen wirthschaftlichen Verkehrsgebietes und noch weniger als juristisch brauchbare Begriffsmerkmale zu gelten.

Vor Allem gilt dies von der ihrer quellenmäßigen Begründung nach aus dem canonischen Recht stammenden, bis in die neueste Zeit

---

[4]) Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet. L. 66 D. de V. S. (50. 16). So auch nach dem herrschenden Sprachgebrauch der Neueren. Dabei ist indeß zu beachten, daß der engere Begriff der Waare und des Handels sich nicht vollständig decken. Ersterer bezieht sich nur auf körperliche Sachen, wogegen der Handel, auch in seiner engeren Begränzung sich zwar gegen den Immobiliarverkehr, aber auch nur gegen diesen abschließt. — In einer noch eingeschränkteren Bedeutung als der vorstehenden bezeichnet der Ausdruck Waare nur solche Sachgüter, die regelmäßige Gegenstände des Handelsverkehrs bilden. Von diesen werden dann bisweilen noch die Effecten, d. h. die für den Handel bestimmten Werthpapiere ausgeschieden, — was hiernach übrig bleibt, sind die vorzugsweise s. g. Handels- oder Kaufmannswaaren. In der letztgedachten Beschränkung wird das Wort Waaren z. B. im Art. 271[1] gebraucht: „Kauf oder anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren", — vgl. Go. I. § 47 Anm. 17; R. 11. 36 (S. 100). Die französische Unterscheidung zwischen marchandises und denrées (Consumtibilien, namentlich Eßwaaren) ist der deutschen Sprache fremd. Kaufmannsgut, Handelsgut sind die technischen Bezeichnungen für die im Handelsverkehr empfang- und lieferbare Waare, Go. I. § 41 a. E.; II. S. 556 Anm. 40; R. 10. 79 (S. 351).

Digitized by Google

noch immer nachklingenden Definition, nach welcher nur derjenige Güterumsatz zum Handel gerechnet wird, bei dem die Güter in unveränderter oder doch wesentlich unveränderter Form weiter veräußert werden.[1]) Diese Definition führt zu einer Gegenüberstellung des Handels einerseits und der Fabrikation und des Handwerks andererseits, die durchaus gerechtfertigt war in einer Zeit, in welcher das Handwerk auf der Zunftverfassung beruhte und ebenso die Handeltreibenden sich zu Innungen zusammengeschlossen hatten. Seitdem aber die äußere Scheidung weggefallen ist, besteht in dieser Hinsicht überhaupt keine feste Scheidelinie mehr. Handel und Fabrication, Fabrication und Handwerk gehen in einander über und sind nur verschiedene Betriebsformen derselben Verkehrsgattung. Nur in diesem Sinn darf namentlich die Absonderung des Handwerks noch gegenwärtig rechtliche Bedeutung beanspruchen. — Auf diesem Standpunkt steht übrigens bereits der Code de commerce und ihm hat sich auch das deutsche H.G.B. angeschlossen.[2])

Aehnlich verhält es sich mit dem Kriterium der Gewerbmäßigkeit.[3]) Zwar bilden heutigen Tages ebenso, ja in noch viel weiter

---

[1]) c. 11 § 2 D. 88: Quicunque rem comparat non ut ipsam rem integram et immutatam vendat sed ut materia sibi sit inde aliquid operandi, ille non est negotiator; qui autem comparat rem ut illam ipsam integram dando (vendendo) lucretur, ille est mercator. — Ueber diese Stelle, eine palea, vgl. Go. I. § 41 Anm. 1, woselbst namentlich auch gegen Endem. richtig bemerkt ist, daß die hier gegebene Begriffsbestimmung zwar mit der canonistischen Wucherlehre zusammenhängt, aber keineswegs aus derselben hervorgegangen ist.

[2]) Co. 632[1] soit en nature soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre; H.G.B. 271[1]: „es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen". Vgl. auch Brinckmann S. 2 ff. — Wie lange die frühere Anschauung nachgewirkt hat, ergiebt sich aus den Nachweisungen bei Go. a. a. O., denen übrigens Goldschmidt selbst in der ersten Aufl. seines Handbuches S. 1 und S. 299 beizufügen ist. Von den das. Angeff. ist Thöl neuerdings schwankend geworden. Er führt im § 37 (5. Aufl.) „Fabrik und Handwerk" als Umsatz mit Production unter den Handelszweigen auf, definirt aber im § 1 den Handel noch immer als ein nicht producirendes Gewerbe oder genauer als Vermittlung ohne Production zwischen Producenten und Consumenten („eigentlicher Handel" § 26). — Bekanntlich wird über die Frage, ob der Handel ein productives Gewerbe sei, unter den Nationalökonomen ein lebhafter, wenngleich wenig fruchtbarer Streit geführt, der ebenfalls an das canonische Recht erinnert.

[3]) Go. I. S. 413 ff., Brinckmann a. a. O. An der Gewerbmäßigkeit als einem Begriffsmerkmal des Handels hält noch fest Thöl § 1, 25.

Digitized by Google

gehender Specialisirung als früher die verschiedenen Zweige des Handels regelmäßig den Inhalt einer gerade hierauf gerichteten gewerbmäßigen Thätigkeit. Die Gewerbmäßigkeit ist indeß bei uns lediglich eine Folge des unser ganzes wirthschaftliches Leben beherrschenden Princips der Arbeitstheilung, welches alle menschliche Arbeit in bestimmt begrenzte, regelmäßig fortgesetzte Bahnen weist. Da aber jenes Princip gegenwärtig doch nur als ein wirthschaftliches Gesetz und nicht mehr wie in früherer Zeit als äußere, die Freiheit des Einzelnen bindende Nothwendigkeit wirksam ist, so sind Ueberschreitungen desselben statthaft. Je häufiger bei der Ungebundenheit und Beweglichkeit unseres Verkehrs derartige Fälle vorkommen, um so weniger sind wir berechtigt, unter dem Handel ausschließlich den gewerbmäßigen Umsatz zu verstehen. Daß dennoch die Begriffe des Gewerbes und der Gewerbmäßigkeit sowohl wirthschaftlich wie juristisch für den Handel von großer Wichtigkeit sind, steht hiermit nicht im Widerspruch.[4])

Wenn man ferner die Erwerbsabsicht oder die hiermit nicht ganz zusammenfallende Gewinnabsicht oder Speculation[5]) als zum Wesen des Handels gehörig bezeichnet hat, so ist dies insofern zutreffend, als eine derartige Absicht dem gewerbmäßigen Handelsbetrieb, wenn man denselben als Ganzes ins Auge faßt, immer, den einzelnen Handelsgeschäften wenigstens regelmäßig zu Grunde liegt.[6]) Ein Begriffsmerkmal, aus welchem eine bestimmtere Begrenzung des hierher gehörigen Verkehrsgebietes zu entnehmen wäre, ist indeß damit nicht gewonnen. Auf einem Mißverständniß beruht es endlich, wenn man die Fortschaffung der Güter von Ort zu Ort zu den Begriffsmerkmalen des Handels rechnet.[7]) Der Handel bewirkt zwar häufig aber keineswegs nothwendig eine wirkliche Ortsveränderung

---

[4]) Von juristischer Bedeutung ist dies Kriterium nach dem deutschen H.G.B. namentlich für die Begriffe der subjectiven Handelsgeschäfte und des Kaufmanns.

[5]) Go. I. S. 408 ff.; a. M. v. Hahn I. S. 22, 26; II. S. 12 ff.; Endem. § 1 zu Anm. 13. Ueber die Versuche, den Begriff der Speculation näher zu bestimmen, Go. a. a. O. Anm. 13. — Am richtigsten ist es wohl, denselben auf diejenigen Geschäfte zu beschränken, bei deren Eingehung die Erwartung auf eine Aenderung der Conjunctur, d. h. des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage, und die Absicht darauf gerichtet ist, aus dieser Aenderung Gewinn zu erzielen; vgl. auch Thöl S. 102.

[6]) Bei den einzelnen Handelsgeschäften braucht die Gewinnabsicht nicht nothwendig vorhanden zu sein, Go. S. 409 Anm. 14 a. E.

[7]) Go. I. S. 414 und Anm. 22.a daselbst.

Digitized by Google

der Güter. Der Begriff des Umlaufes oder der Circulation ist auch dann anwendbar, wenn Güter, an demselben Ort verbleibend, den Besitzer wechseln.

Das Ergebniß aller dieser Versuche ist demnach negativer Art. Es muß mithin bei der obigen Begriffsbestimmung bewenden, obwohl zuzugeben ist, daß sich hiernach, abgesehen von der Ausscheidung der Immobilien, die Grenzen des Verkehrsgebiets, welches der Handel umfaßt, kaum feststellen lassen. Alle dem entgeldlichen Mobiliarverkehr unter Lebenden angehörigen Rechtsbeziehungen können möglicherweise den Zwecken des Handels dienstbar werden. Diese Unbestimmtheit mag in mancher Hinsicht unbequem erscheinen, ist aber als eine nach dem Stande unserer wirthschaftlichen Entwickelung unabweisbare Consequenz hinzunehmen.

§. 4.
Eintheilungen des Handels (Handelszweige).

Innerhalb des Gesammtgebietes des Handels sondern sich einzelne Handelszweige nach sehr verschiedenen Gesichtspunkten. Gegenstand und Umfang des Betriebs, die Art der Thätigkeit, die Verschiedenheit der Transportmittel, endlich auch obwohl in untergeordneter Weise die Verschiedenheit der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse sind dabei maßgebend. Die Sonderung richtet sich nach der Beschaffenheit des Verkehrs und ist daher zum Theil von zeitlichen und örtlichen Bedingungen abhängig. Faßt man die verschiedenen Handelszweige zu größeren Gruppen zusammen, so ergeben sich Eintheilungen des Handels, die indeß großentheils nur einen problematischen Werth haben.

Die Unterscheidung in eigentlichen und uneigentlichen Handel[1]) rechnet zu dem ersteren das Kauf- und Verkauf- sowie das Tauschgeschäft, zu dem letzteren alle übrigen Handelsgeschäfte.

---

[1]) Sehr stark betont ist dieser Gegensatz in den früheren Aufl. des Thöl'schen Lehrbuchs (4. Aufl. § 12, 13); in der neuesten ist zwar auch noch vom eigentlichen Handel die Rede (§ 26); aber ohne daß eine Eintheilung des Handels hierauf gegründet wird. — Go. I. S. 419 ff. verwirft die Bezeichnung uneigentlicher Handel, versteht dagegen unter eigentlichem H. oder H. im engeren Sinne die Gesammtheit der Geschäfte des Kauf- (Tausch-), Bank- und Wechselhandels, wobei der Bank- nnd Wechselhandel die tausch- oder leihweise Uebertragung der Tauschäquivalente oder Zahlungsmittel umfassen sollen. — Ein präciser, namentlich juristisch brauchbarer Begriff ist auch hiermit nicht gewonnen. Von Aelteren vgl. bes. Martens § 8; Heise S. 15 ff.; Murhard S. 3 ff.

Digitized by Google

Dabei liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß Anschaffung der Waaren durch Kauf oder Eintauschen derselben und die dieser Anschaffung entsprechende Weiterveräußerung durch Verkaufen oder Vertauschen überall die ursprünglichste Art des Handels bilden. Die Verkehrsentwicklung bleibt indeß hierbei nicht lange stehen, jenen Geschäften tritt sehr bald eine Reihe anderer Geschäfte hinzu, die ebenfalls dem Güteraustausch dienstbar sind, ihn direct herbeiführen oder doch mittelbar befördern und es ist keine Veranlassung vorhanden, dieselben als uneigentlichen Handel gewissermaßen in zweite Linie zu stellen.

Bei dem Unterschied zwischen Eigen- (Propre)- und Commissionshandel[2]) wird darauf Gewicht gelegt, ob der Betrieb für eigene oder für fremde Rechnung stattfindet. Der Commissionshandel umfaßt vorzugsweise die Geschäfte des Commissionärs und des Spediteurs, die allerdings besondere, auch zu eigenthümlichen Rechtsverhältnissen Veranlassung gebende Handelszweige bilden. Ein durchgreifender Gegensatz zwischen beiden Arten des Handelsbetriebs ist indeß nicht vorhanden, denn nicht nur sind der Handel für fremde und für eigene Rechnung sehr häufig in derselben Hand vereinigt, sondern es ist auch möglich, daß beide bei dem nämlichen Geschäft in einander übergehen.[3])

Der Gegensatz zwischen Groß- und Kleinhandel[4]) beruht entweder darauf, ob der Handelsbetrieb in größerem oder geringerem Umfang stattfindet, oder darauf, ob der Umsatz wiederum an Händler oder unmittelbar an die Consumenten erfolgt (Handel en gros und en détail). Beide Eintheilungen, die zwar regelmäßig, aber nicht nothwendig zusammenfallen, weisen auf eine schwankende, nicht absolut feststehende Grenze hin. Specielle Arten des Kleinhandels in

---

[2]) Murhard S. 178 ff.; Rau Encycl. S. 86; Martens, Heise a. a. O.; Brinckmann § 3; Thöl § 37; Endem. § 2. — Go. I. S. 421 befaßt den Commissionshandel unter den Vermittelungsgeschäften für den Abschluß und die Erfüllung der Geschäfte des eigentlichen Handels und der Transportgeschäfte, vgl. aber auch § 46 und 54. Die Schrift von Grünhut: „Das Recht des Commissionshandels" Wien 1879 beschränkt sich mit Recht auf die Darstellung des Commissions- und Speditionsgeschäfts; — das. S. 1—37 über die geschichtliche Entwickelung dieser beiden Handelszweige.

[3]) Näheres hierüber bei den einzelnen hierher gehörigen Handelsgeschäften.

[4]) Murhard S. 153 ff.; Rau §§ 409, 435, Encycl. S. 86; Martens § 10; Heise S. 17; Brinckmann § 3; Thöl § 37; Endem. § 2 und vor Allem Go. I § 46 S. 506 ff.

Digitized by Google

dem Sinne eines Handelsbetriebs von geringem Umfang sind der Kram-, Höker-, Trödel- und Hausirhandel,[5]) bei den drei zuletzt genannten Arten kommt allerdings ausnahmsweise auch ein Betrieb in größerem Maßstab vor. — In demselben Doppelsinn wie Groß- und Kleinhandel werden Fabrikation und Handwerk einander entgegengesetzt.[6])

Am greifbarsten, auch juristisch von der größten Bedeutung ist der Unterschied zwischen Land- und Seehandel. — Lediglich staats- und volkswirthschaftlichen Werth haben dagegen die Unterscheidungen von Binnen-, Zwischen-, Ein- und Ausfuhrhandel,[7]) desgleichen die von Activ- und Passivhandel.[8])

---

[5]) Kramhandel (vom alt- und mittelhochdeutschen chrâme, krâme ursprünglich Zeltdach, Wetterschutz, dann Kaufmannsbude, Laden bedeutend, in lateinischen Versionen durch apotheca wiedergegeben, vgl. Haltaus und Grimm zu d. W.) ist das Feilbieten in Buden oder Läden, vorzugsweise der Ladenhandel von geringem Umfang. — Gleichbedeutend mit Krämer das süddeutsche Fragner, nach Sanders mit Fragen in Verbindung stehend. — Hökerhandel: M. Heyne in Grimm's W.b. hält die Annahme von Haltaus, daß hocke, der Höker, mit dem Zeitwort hocken zusammenhänge, also den kleinen Krämer bezeichne, der das vom Bauer Gekaufte und von ihm Feilgebotene auf dem Rücken verträgt, für sehr wahrscheinlich. Der Zusammenhang mit Hocken, Hucken ist allerdings unverkennbar, das Wort ist aber dabei in dem noch heut gebräuchlichen Sinn des Sitzens in zusammengekauerter Stellung zu nehmen, denn zur Bezeichnung des Hausirers wird der Ausdruck Höker nicht gebraucht. Danach bedeutet Hökerhandel den an festen Standorten, aber nicht in Läden, sondern unter freiem Himmel, Thorwegen u. dgl. stattfindenden Handel, namentlich den an solchen Orten besonders betriebenen Handel mit Eßwaaren. — Trödelhandel: Handel mit gebrauchten Gegenständen (bei Büchern und Kunstgegenständen Antiquariatshandel genannt). — Hausirhandel ist im Allgemeinen der Handelsbetrieb, der ohne Begründung einer Handelsniederlassung stattfindet; speziell wird darunter das Feilbieten von Waaren im Umherziehen verstanden. — Der Trödel- und der Hausirhandel unterliegen besonderer gewerbepolizeilicher Kontrole. R.Gew.O. §§ 35, 55—63, 148, 149.

[6]) Go. S. 515; Thöl a. a. O. — Auch diese Unterscheidung beruht auf einer durchaus fließenden Grenze. — Zurückzukommen ist hierauf wie überhaupt auf den Unterschied zwischen Groß- und Kleinbetrieb bei den Begriffsbestimmungen der Handelsgeschäfte und der Kaufleute minderen Rechts im Gegensatz zu den Vollkaufleuten.

[7]) Der Binnenhandel vermittelt zwischen Angehörigen desselben Staatsgebietes, kauft also z. B. von inländischen Producenten und verkauft an inländische Consumenten. Der Zwischenhandel übernimmt die Vermittlung zwischen zwei fremden Staatsgebieten; sowohl Bezugs- wie Absatzquellen bietet ihm das Ausland dar. Ein- und Ausfuhrhandel vermitteln zwischen Inland und Aus-

Digitized by Google

§. 5.
Handelsrecht.

Das Handelsrecht ist der Inbegriff der dem Handel eigenthümlichen Rechtssätze. Je nachdem dieselben dem Privatrecht, dem öffentlichen Recht oder dem Völkerrecht angehören, läßt sich privates, öffentliches und Handelsvölkerrecht unterscheiden.[1] Bei Weitem am wichtigsten hiervon sowohl für den Verkehr wie seinem rechtlichen Inhalt nach ist das Privathandelsrecht, welches auch vorzugsweise unter der Bezeichnung Handelsrecht verstanden wird und den Hauptbestandtheil wie der neueren Gesetzbücher überhaupt,

---

land, ersterer bezieht vom Ausland und setzt im Inland ab; letzterer bezieht im Inland und veräußert an das Ausland; vgl. Murhard S. 185 ff.; Rau § 409, Encycl. S. 85; Brinckm. § 3; Endem. § 2; Go. S. 506; Thöl § 37; — die beiden letztgenannten auch über die Ausdrücke Transitohandel, Transitoverkehr. Die vorstehenden Unterscheidungen kommen namentlich für die Aufstellung der sog. Handelsbilanz in Betracht; juristisch und besonders privatrechtlich haben sie keine Bedeutung.

[8]) Von Aktiv- und Passivhandel ist die Rede, wenn bei Handelsbeziehungen zwischen Angehörigen verschiedener Nationen die vorwiegende Thätigkeit von der einen Seite stattfindet, während der andere Theil sich wesentlich passiv verhält. Anwendbar sind daher diese Bezeichnungen namentlich auf den Handel civilisirter mit uncivilisirten Völkern, Murhard S. 172; Rau § 416, Encycl. S. 85; Thöl § 37. — Außer den im Text hervorgehobenen sind übrigens noch manche andere Eintheilungen des Handels möglich, — Murhard, Rau, Go. I § 46 liefern hierfür Belege.

[1]) Go. I § 1. Das Privathandelsrecht befaßt die dem Handelsverkehr angehörigen Rechtsverhältnisse einzelner Personen (Handeltreibender zu Handeltreibenden wie Handeltreibender zu Nichthandeltreibenden). — Das öffentliche Handelsrecht bestimmt das rechtliche Verhalten der Staatsgewalt zum Handel; als Theile desselben lassen sich das Handelsstaatsrecht, der Handelsproceß, wenn man will, auch ein Handelsstrafrecht unterscheiden. — Das Handelsvölkerrecht regelt die Handelsbeziehungen verschiedener Staaten zu einander. — Oeffentliches Handelsrecht und Handelsvölkerrecht, ersteres höchstens mit Ausnahme des Handelsprocesses sind aber bisher lediglich Abstractionen, nicht wirklich ausgebildete juristische Disciplinen, und es dürfte auch kaum ein Bedürfniß vorhanden sein, sie als solche zu gestalten. — Von den älteren Schriftstellern hat namentlich Marquard (s. unten § 14) das öffentliche Handelsrecht in umfassender Weise berücksichtigt; aus der neueren Literatur ist, abgesehen von der speciell dem Seerecht angehörigen, besonders das sehr beachtenswerthe Werk von Massé: le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil (4 Tomes; 3 Ed. Paris 1874 ss.) zu erwähnen, welches den Versuch macht, mit der Darstellung des Privathandelsrechts die des Handelsvölkerrechts zu verbinden.

Digitized by Google

so namentlich des deutschen Handelsgesetzbuches ausmacht.[2]) Dasselbe ist das besondere Recht für einen bestimmten Theil des Privatrechts, mithin im Verhältniß zum allgemeinen bürgerlichen Recht ein Sonder- oder Specialrecht[3]), welches aber selbst wieder allgemeines, gemeines oder partikuläres Recht sein kann.[4])

Auch die nachfolgende Darstellung wird sich wesentlich auf das Handelsrecht in dem eben erörterten engeren Sinne zu beschränken haben. Ihre Aufgabe ist das gemeine Handelsrecht des deutschen Reiches, dessen Grenzen durch das H.G.B. bestimmt sind. Nur soweit es hiernach erforderlich erscheint, soll auf das öffentliche Recht eingegangen und ebenso sollen fremde Rechte und partikuläre Bildungen nur vergleichsweise und zur Erläuterung herangezogen werden.[5])

Von dem Privathandelsrecht im Verhältniß zu dem in Deutschland geltenden bürgerlichen Recht läßt sich ähnlich wie von dem prätorischen Edikt im Verhältniß zum Civilrecht sagen, daß es theils

---

[2]) Gleich allen H.G.Büchern enthält auch das Deutsche H.G.B. eine Reihe von Bestimmungen, die dem öffentlichen Recht (Verwaltungsrecht, Proceß, Strafrecht) angehören. Beispiele: Buch I Tit. 2, Tit. 4, der größte Theil des Tit. 7; Art. 206, 249, 249a.

[3]) Ueber den Begriff des Specialrechts Beseler System I § 3; Bruns in Ersch und Gruber Encycl. I Bd. 57 Artikel gemeines Recht. Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung hat übrigens das Handelsrecht seinen Charakter wesentlich verändert; es ist früher mehr ein Ständerecht als ein Sonderrecht in dem obigen objectiven Sinn gewesen. Hierüber § 8.

[4]) Allgemeines (materiell gemeinsames, materiell gemeines) Recht ist vorhanden, wenn in verschiedenen nicht staatlich mit einander verbundenen Rechtsgebieten übereinstimmendes Recht zur Geltung gelangt. Gemeines Recht im engeren oder eigentlichen Sinn (formell gemeines Recht) setzt dagegen immer einen in mehrere Theile gegliederten politischen Gesammtorganismus, Einheitsstaat oder Bundesstaat, voraus; es ist das Recht des Gesammtrechtsgebietes im Gegensatz zu dem in den einzelnen Theilen geltenden partikulären Recht. Nicht im Widerspruch mit dem gemeinrechtlichen Charakter eines Rechtssatzes steht es, daß derselbe möglicherweise nicht in allen Theilen der Rechtsgemeinschaft Anwendung findet und ebensowenig wird dieser Charakter dadurch aufgehoben, daß das politische Band, welches bei der Entstehung des betreffenden Rechtssatzes vorhanden war, später ganz oder theilweise gelöst wird. — Aus der zahlreichen Literatur über den Begriff des gemeinen Rechts ist, außer dem in der vor. Anm. angef. Aufsatz von Bruns, auf Wächter gemeines Recht Deutschlands; Thöl Einleitung in das deutsche Privatrecht § 46—48; Beseler System § 1; Stobbe I § 10; — besonders für das Handelsrecht auf Go. I § 33; Thöl § 6 zu verweisen.

[5]) Ueber die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Handelsrecht, s. den folgenden §.

Digitized by Google

ergänzender, theils abändernder, theils bekräftigender Natur ist.[6]) Als eine Ergänzung des bürgerlichen Rechts stellt sich dasselbe dar, wo Rechtsverhältnisse geregelt werden, die außerhalb des Handelsverkehrs entweder überhaupt nicht oder doch nicht in der dem Handel eigenthümlichen Gestalt vorkommen, für die es daher im bürgerlichen Recht an ausreichenden Bestimmungen fehlt.[7]) Abänderungen, unter Umständen aber auch Bestätigungen des bürgerlichen Rechts ergeben sich, sofern dem Handelsverkehr nicht ausschließlich angehörige Rechtsverhältnisse besondere handelsrechtliche Normen erhalten haben.[8]) Die Rechtssätze der erstern Gattung lassen sich zu Rechtsinstituten gestalten; bei den letzteren ist dies nur theilweise der Fall; großen Theils ist hier blos eine fragmentarische Darstellung möglich.[9])

§. 6.
Charakter des Handelsrechts.

Aus dem zuletzt hervorgehobenen Umstand ergeben sich eigenthümliche Schwierigkeiten für die Darstellung des Handelsrechts. Ist es aber überhaupt gerechtfertigt, letzteres als eine besondere juristische Disciplin zu behandeln oder ist nicht vielmehr an das System des allgemeinen bürgerlichen Rechts die Anforderung zu stellen, daß dasselbe den Stoff des Handelsrechts ebenso wie den anderer s. g. Specialrechte, denen früher eine Sonderstellung angewiesen wurde, mit in sich aufnehme und verarbeite? Diese Frage, die wiederholt aufgeworfen worden ist, scheint deswegen besonders nahe zu liegen, weil, wie früher dargethan, eine scharfe Sonderung des Handels von dem sonstigen Verkehr nicht durchführbar ist.[1]).

---

[6]) L. 7 § 1 D. de ju. et ju. (1. 1). Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam.

[7]) Beispiele: Die Vorschriften über Firmen, Handlungsbücher, Procuren, Handlungsvollmachten, Commissions-, Speditions-, Frachtgeschäft.

[8]) Dahin gehört namentlich der größte Theil des ersten Titels und der ganze zweite Titel des vierten Buchs. In Folge der Zerklüftung unseres Privatrechts erscheint nicht selten dieselbe Bestimmung für ein Rechtsgebiet als Bestätigung, für ein anderes als Abänderung des bürgerlichen Rechts.

[9]) Vgl. zu dem Vorstehenden auch Go. I S. 317 und Gareis, Aphorismen über die Zukunft des H.R's. Bu. 29. 1.

[1]) Die Verarbeitung des Handelsrechts in das System des allgemeinen bürgerlichen Rechts ist namentlich in Gerber's System des Deutschen Privatrechts und in Dernburg's Lehrbuch des preußischen Privatrechts durchgeführt; vgl. unten zu Anm. 16—18.

Digitized by Google

Gleich allen Fragen des Systems ist dieselbe nicht nach abstrakten Gesichtspunkten, sondern mit Rücksicht auf die Gestalt unseres positiven Rechts zu beantworten. Hiernach aber muß die Entscheidung zur Zeit zu Gunsten des Fortbestandes eines besonderen Handelsrechts ausfallen, nicht blos aus dem äußeren Grund, weil dieses bei uns in einem eignen Gesetzbuch zusammengefaßt ist, sondern weit mehr noch deswegen, weil in Deutschland wie bei anderen handeltreibenden Nationen der Handel eigenthümliche Tendenzen der Rechtsbildung hervorgerufen hat, die im Civilrecht nicht oder doch nicht in derselben Stärke zur Geltung kommen. In Folge dessen hat das Handelsrecht einen besonderen Charakter erlangt, der nur dann gehörig hervortritt, wenn dasselbe als ein einheitliches Ganzes betrachtet wird.

Unter den hier nur in Kürze anzudeutenden Eigenthümlichkeiten des Handelsrechts ist vor Allem seine universale Natur zu erwähnen, vermöge deren dasselbe mehr als jeder andere Theil des Privatrechts als ein jus gentium im Sinne eines Rechts quod omni humano generi commune est, erscheint.[2]) Wenn auch in den Einzelheiten verschieden entwickelt, giebt es doch kaum ein handelsrechtliches Institut, welches lediglich auf ein einzelnes Volk oder auf einen bestimmten Staat beschränkt wäre und welches nicht in seinen Grund-

[2]) In gewissem Sinn kann man demnach von einem allgemeinen europäischen oder gar einem Welthandelsrechte sprechen, Go. I § 33; Thöl § 7. Die Bedeutung desselben besteht aber mehr in einer Uebereinstimmung der leitenden Principien und der Tendenzen der Rechtsentwicklung als in Gleichförmigkeit der Rechtssätze. Zwar hat schon im Jahre 1850 Leone Levi in der Widmung seines commercial law dem Prince Consort den Vorschlag eines national and international code of commerce among all civilized countries unterbreitet, und ein ähnliches Project ist neuerdings von dem Institut für Völkerrecht aufgenommen worden, Rev. de dr. intern. 1877 p. 303. Indeß es ist dafür gesorgt, daß die Bäume nicht in den Himmel wachsen. Schon die ausgesprochene Abneigung der Engländer gegen die Codification des H.R's. (unten § 10 Anm. 29) dürfte dem Welthandelsgesetzbuch ein unüberwindliches Hinderniß sein. Die praktischen Bestrebungen auf diesem Gebiet haben sich gegenwärtig beschränktere und darum eher erreichbare Ziele gesetzt; sie sind namentlich auf Einigung in Bezug auf das Wechselrecht, auf die Regelung des internationalen Eisenbahnfrachtverkehrs und der Havariegrosse gerichtet; vgl. hierüber Go. I S. 377 und Anm. 2a das. Go. 22. 590, 629; 23. 288 ff.; Verhandlungen des deutschen Juristentages 1873 Bd. II S. 71 ff., S. 284; de Seigneux und Christ, die Einführung eines einheitlichen Rechts für den Eisenbahnfrachtverkehr, Basel 1875 (auch französisch erschienen); Eger, die Einführung eines internationalen Eisenbahnfrachtrechts, Breslau 1877; Bulmerincq und Asser, Revue de droit intern. 1878 p. 83, 102; Lewis, das deutsche Seerecht II Vorrede und Anmerkungen zu Tit. 8.

Digitized by Google

zügen die Bedeutung eines Weltrechtsinstitutes hätte. Daher ist auch in weit höherem Maß als für das gesammte übrige Privatrecht, die Rechtsvergleichung als Hülfsmittel für die Erkenntniß des Handelsrechts zu verwerthen.[3])

In engem Zusammenhang hiermit steht, daß sich das Handelsrecht zum größten Theil aus dem Verkehr heraus und vermittelst der in demselben sich bildenden Gewohnheiten oder Usancen fortentwickelt. Die wirthschaftlichen Einflüsse wirken hier stärker und unmittelbarer auf die Rechtsbildung ein, als in sonstigen Verkehrsbeziehungen der Fall zu sein pflegt. Auch für die Entwicklung des Handelsrechts ist zwar die Gesetzgebung keineswegs ohne Bedeutung, einen weit größeren Einfluß hierauf aber haben von jeher die Uebungen des Handelsstandes gehabt.[4]) Und noch heute zeigt sich, daß der Handel am ersten im Stande ist, die seinen Zwecken förderlichen Institute aus sich heraus zu schaffen, wie es sich auch umgekehrt immer wieder bestätigt, daß Gesetze, die mit der Verkehrsentwickelung im Widerspruch stehen, dem Handel gegenüber am wenigsten wirksam sind und von ihm zuerst überwunden werden.[5]) Die Gewohnheiten des Handelsverkehrs fordern daher in höherem Maß Berücksichtigung, als, wenigstens nach der neueren Entwickelung des Civilrechts, dem Gewohnheitsrecht gewährt wird.[6])

Wenn man ferner das Handelsrecht als ein vorzugsweise billiges Recht bezeichnet hat,[7]) so wird auch damit auf eine zu den hervor-

---

[3]) Nirgends tritt die Bedeutung des fremden Rechts, auch für die Rechtsanwendung so stark hervor, als im englischen Handelsrecht, obwohl oder vielleicht gerade deswegen, weil das übrige englische Recht sich ganz besonders gegen fremde Einflüsse abschließt, vgl. Go. I S. 296 und die das. Angeff.

[4]) Quand furent inventées la lettre de change, les sociétés de commerce, les assurances et les autres contrats commerciaux, la coutume dut d'abord en régler les formes et les effets et en même temps modifier, suivant les besoins du commerce, les contrats qu'il empruntait au droit civil. Massé I 83; das. auch gute allgemeine Bemerkungen über das Verhältniß der Usancen zur Gesetzgebung in Bezug auf die Fortbildung des Handelsrechts.

[5]) Man denke z. B. an das beharrliche Widerstreben des Handelsverkehrs gegen die Zinsverbote älterer und die Zinsbeschränkungen neuerer Zeit, andererseits an die Entwickelung des Cheque-Verkehrs; — vgl. auch Go. I § 35, insbes. S. 321 und S. 340.

[6]) Allerdings sind die Uebungen häufig schwankend. Consuetudo modo alba modo nigra war zur Zeit der Postglossatoren ein geflügeltes Wort, Decis. rotae Gen. 17. 1. Der Satz wird hier zunächst auf die Schwierigkeit des Beweises für das Vorhandensein kaufmännischer Gewohnheiten bezogen.

[7]) Go. I S. 302 ff., Massé I No. 84.

Digitized by Google

gehobenen in naher Beziehung stehende Eigenschaft desselben hingewiesen. Billigkeit nennen wir den allgemein menschlichen, unmittelbar aus der Natur der Sache sich ergebenden Bestandtheil des positiven Rechts,[8]) der sich zwar in keinem Stadium der Rechtsbildung ganz zurückdrängen läßt, wohl aber gegenüber anderen Einflüssen stärker oder schwächer hervortreten kann. Mit Rücksicht hierauf hat die Betonung der Billigkeit als einer charakteristischen Eigenschaft des Handelsrechts, die sich bereits bei den älteren handelsrechtlichen Schriftstellern[9]) findet, guten Sinn, und obwohl sich gerade in dieser Hinsicht der Gegensatz zwischen Handelsrecht und Civilrecht neuerdings erheblich abgeschwächt hat, ist er doch auch heutigen Tages noch keineswegs völlig geschwunden.[10])

[8]) Im Wesentlichen übereinstimmend auch Go. S. 309, Anm. 14: „Treu und Glauben stellen das sittliche und wirthschaftliche Grundprincip der Natur der Sache dar." Billigkeit, Treu und Glauben, bona fides oder welche Bezeichnung man sonst für diesen Begriff brauchen mag, ist daher allerdings ein Rechtsprincip, und zwar ein Princip, aus dem sich unmittelbar anwendbare Rechtssätze ergeben. Die entgegengesetzte Bemerkung von Thöl, § 4 Anm. 2 ist unrichtig, vgl. hiergegen ihn selber § 65 f. Lehrb. (Erkundigungspflicht des Dritten in Bezug auf die Vollmacht des institor): „Das Princip ist nun: Treu und Glauben beherrscht das ganze Verhältniß. Danach stellt sich die Erkundigungspflicht folgendermaßen." Das R.O.H.G. macht von dem Princip der bona fides einen sehr ausgiebigen Gebrauch, vgl. z. B. R. 2. 2; 4. 43 (205); 4. 59 (305); 8. 69 (277); 9. 112 (412); 10. 1 (12); 11. 132 (435); 12. 32 (103); 13. 13; 14. 4 (13); 14. 135 (430); 15. 54 (178); 15. 102 (369); 19. 26 (88); 19. 42 (128); 20. 72 (283); 21. 98; 21. 101 (314 Anm.); 23. 29 (85).

[9]) Wie nachdrücklich hierauf bei älteren handelsrechtlichen Schriftstellern und in den kaufmännischen Statuten Gewicht gelegt wird, s. bei Go. I S. 307 Anm. 11; Massé a. a. O.

[10]) Hervortreten der Billigkeit im H.G.B.: a) in den Bestimmungen über die Auslegung der Handelsgeschäfte Art. 278, 279; b) darin, daß die Mehrzahl der Handelsgeschäfte in hervorragendem Sinn den Charakter von bonae fidei negotia hat (Go. S. 309), c) in einem großen Theil der Bestimmungen über die Wirkungen der Rechtshandlungen und Rechtsverhältnisse Dritten gegenüber, vgl. z. B. Art. 7 ², 25, 46 (nebst den zu den beiden letzteren Art. gehörigen Parallelstellen), 47, 49, 50, 55, 156 ², 218, 296, 306 ff. und viele andere. — Freilich hat neben der Billigkeit auch das strictum jus innerhalb des Handelsrechts ein nicht geringes Anwendungsgebiet. So stehen z. B. den zu a. erwähnten Bestimmungen Art. 272 ² die Freiheit der Auslegung in Betreff der von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine beschränkend, den bonae fidei negotia der Wechsel und die nicht an das Vorhandensein einer materiellen causa gebundenen Verpflichtungen überhaupt, den zu c. erwähnten Bestimmungen diejenigen Fälle gegenüber, in denen, wie bei der Errichtung einer Prokura oder dem Eintritt in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder Commanditgesellschaft (Art. 113, 166), das Gesetz mit einer Handlung ein für alle Mal einen bestimmten Erfolg verbindet.

Digitized by Google

Weitere Eigenthümlichkeiten des Handelsrechts sind auf die Anforderungen zurückzuführen, die aus der Beweglichkeit des Handelsverkehrs hervorgehen. Die Möglichkeit schleuniger Begründung und Erledigung von Geschäftsbeziehungen sowie eines raschen Werthumlaufes sind Lebensbedingungen des Handels. Eine Reihe von Rechtssätzen entspringt aus diesem Bedürfniß[11]) und ebenso ergiebt sich hieraus die Tendenz, die aus dem bürgerlichen Recht stammenden Hemmnisse der Bewegung, wie z. B. lästige Formvorschriften zu beseitigen.[12])

Endlich fordert das Wesen des Handels möglichste Freiheit der Willensbestimmung, damit zusammenhängend aber auch möglichst prompte und unbedingte Realisirung des verbindlich geäußerten Willens. Daher das Streben nach Beseitigung der s. g. bevormundenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die den Einzelnen gegen die Folgen seiner eigenen Handlungen zu schützen bestimmt sind,[13]) andererseits aber auch die Neigung, dem abstracten Willen Geltung zu verschaffen,[14]) auf processualischem Gebiet das Streben nach raschem und strengem Gerichtsverfahren.[15])

Vermöge der hier hervorgehobenen Eigenschaften erscheint das Handelsrecht als ein besonders vorgeschrittener Theil des Privatrechts und in den meisten der angedeuteten Richtungen zugleich als der Vorläufer für die Weiterentwicklung des letzteren. Dabei ist zu beachten, daß die Grenze zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht ebensowenig absolut festzustellen ist wie die zwischen dem

[11]) Beispiele: die Vorschriften über die verschiedenen Arten der Ordre- und Inhaberurkunden, die Bestimmungen über die Realisation des kaufmännischen Pfandrechts, über die Geltendmachung von Mängeln und die Folgen des Verzuges beim Handelskauf, über das Erlöschen der Ansprüche gegen den Frachtführer und Verfrachter nach Art. 408 [1, 2], 610, die kurzen Verjährungsfristen in den Fällen der Art. 148, 149, 172, 386, 408 [3], 906 ff.

[12]) Art. 317, vgl. auch 288, 309. — Nicht im Widerspruch hiermit steht, daß, insoweit Formen erforderlich sind, der Handelsverkehr möglichst scharfe Ausprägung derselben anstrebt.

[13]) Beseitigung der weiblichen Rechtswohlthaten, der Zinsbeschränkungen, der laesio enormis, der lex Anastasiana, der gemeinrechtlichen querela non numeratae und non solutae pecuniae. In allen diesen Beziehungen ist die Entwicklung des bürgerlichen Rechts der des Handelsrechts gefolgt, G o. I S. 369.

[14]) Zulassung abstracter Verpflichtungs- und Uebertragungserklärungen: Dispositivurkunden, Indossament.

[15]) G o. I S. 436. — Historisches, insbesondere über den Wechsel- und Meßproceß: Endemann, Studien S. 320 ff.

Digitized by Google

Handel und dem sonstigen Verkehr. Je mehr der Zustand des bürgerlichen Rechts den Anforderungen des Handelsverkehrs entspricht, um so weniger bedarf es eines besonderen Handelsrechts. Daher erklärt es sich, daß den römischen Juristen die Idee einer derartigen Scheidung ganz fremd geblieben ist[16]) und es ist wahrscheinlich, daß auch bei uns die einheitliche Gestaltung des bürgerlichen Rechts ein Zurücktreten jenes Gegensatzes zur Folge haben wird, wenn auch kaum anzunehmen ist, daß derselbe wieder wie im Alterthum ganz verschwinden und daß das Handelsrecht vollständig im Civilrecht aufgehen werde.[17]) Auf die Darstellung des heutigen Rechts kann die Möglichkeit künftiger Entwicklung, wie nahe oder fern sie in Aussicht stehen mag, keinen Einfluß ausüben.[18])

§. 7.
Handelsrecht und Handelswissenschaft. — Theile des Handelsrechts.

I. Vielfach wird das Handelsrecht als ein Theil der Handelswissenschaft bezeichnet.[1]) Unter letzterem Ausdruck wird hierbei der Inbegriff des Wissens vom Handel verstanden. Gegen diese Auf-

[16]) Go. I § 3, 37, Endemann § 4. — Aehnlich wie bei den Römern bildet gegenwärtig im Gebiet des englischen und nordamerikanischen Rechts das H.R. keinen gesondert hervortretenden Bestandtheil des bürgerlichen Rechts. Giebt es hier auch eigene Werke über H.R., so behandeln doch die auf das gesammte englische oder nordamerikanische Recht sich erstreckenden Schriftsteller wie Blackstone, Stephen, Kent dasselbe niemals als einen besonderen Theil, sondern innerhalb des allgemeinen Rahmens ihres Systems (in der Lehre von der personal property) und dies entspricht auch der Beschaffenheit der englischen Rechtsentwicklung. Ueber das merchant law der Engländer unten § 10.

[17]) Go. I S. 7.

[18]) So lange die Zwiespältigkeit des gemeinen Rechts fortdauert, ist dies schon deswegen unthunlich, weil eine Reihe handelsrechtlicher Institute weder im Pandektensystem noch innerhalb des deutschen Privatrechts einen geeigneten Platz findet. Diejenigen Lehrbücher des deutschen Privatrechts, die, wie Eichhorn, Phillipps, Beseler, Bluntschli u. A. das Handelsrecht, sei es unter dem Gesichtspunkt des Ständerechts, des Gewerberechts oder eines besonderen Theils des Obligationenrechts, als eine compacte Masse behandeln, lassen dasselbe als Specialrecht gelten; nur ist die äußerliche Verbindung mit einem vielfach heterogenen, nach einer ganz anderen Methode zu behandelnden Stoff der wissenschaftlichen Entwicklung des deutschen H.R.'s nicht gerade förderlich gewesen.

[1]) So bei Go. I § 2; Thöl § 2, Heise § 4, — während Brinckmann § 11 und Endemann § 11 sich mehr dem im Text vertretenen Standpunkt nähern. — Literatur: Go. a. a. O.; Thöl S. 586.

Digitized by Google

fassung spricht indeß einerseits, daß sie den juristischen Charakter des Handelsrechts einem nicht juristischen Gesichtspunkt unterordnet,[2]) andererseits, daß es eine s. g. Handelswissenschaft in dem vorerwähnten Sinn bisher noch nicht giebt. Was in Lehrbüchern und encyclopädischen Darstellungen unter diesem Namen geboten wird, ist theils eine, keineswegs zu einem Ganzen verarbeitetete Zusammenhäufung aus den verschiedensten Gebieten des menschlichen Wissens, theils eine Ueberlieferung von Fertigkeiten, die zur kaufmännischen Technik gehören. Alle diese Kenntnisse sind mehr oder minder wichtige Hülfsmittel für die Erkenntniß des Handelsrechts und können insofern Hülfswissenschaften des letzteren genannt werden; dieses selbst aber muß, wenn es die ihm gebührende Stellung einnehmen soll, innerhalb der Rechtswissenschaft verbleiben.

II. Für die Gliederung des darzustellenden Stoffes ist zunächst das Seerecht von dem übrigen Handelsrecht zu scheiden. Dasselbe steht zum Handelsrecht in einem ähnlichen Verhältniß wie dieses zum allgemeinen bürgerlichen Recht; es bildet sowohl vermöge seiner geschichtlichen Entwicklung wie in seiner gegenwärtigen Gestalt einen in sich abgeschlossenen, besonderen Theil des Handelsrechts. Als ein specieller Theil des letzteren ist ferner das Wechselrecht zu behandeln. Denn wenngleich seit Einführung der allgemeinen Wechselfähigkeit der Wechsel für Verkehrsbeziehungen jeder Art verwendbar geworden ist, so ist es doch die weitaus überwiegende Bestimmung desselben, Handelszwecken dienstbar zu sein und sowohl aus diesem Grunde wie mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der ihn betreffenden Rechtssätze erscheint es angemessen, die Rechtslehre vom Wechsel in dem hergebrachten Zusammenhang mit dem Handelsrecht zu belassen. — Ein dritter specieller Theil ist das Versicherungsrecht. Dasselbe durchbricht die Scheidung zwischen Handels- und Seerecht und faßt die verschiedenen Arten der Versicherung einschließlich der Seeversicherung zu gemeinsamer Darstellung zusammen. Diese Zu-

[2]) Bei den drei in der vor. Anm. zuerst genannten Schriftstellern hat zwar die juristische Auffassung nicht hierunter gelitten; aber wenn man, wie Thöl und Go. thun, das Handelsrecht als einen Zweig der s. g. Handelswissenschaften in eine Reihe mit der Waaren-, Maaß- und Gewichtskunde, mit den Comptoirwissenschaften und der Handelsgeographie stellt, so ist dies doch geeignet, schiefe Vorstellungen zu erwecken. Das Handelsrecht ist eine juristische Disciplin, deren wissenschaftliche Stellung auf ihrem Zusammenhang mit dem Ganzen der Rechtswissenschaft, nicht mit dergleichen disjecta membra beruht.

Digitized by Google

sammenfassung rechtfertigt sich nicht nur deswegen, weil die Binnenversicherung historisch aus der Seeversicherung hervorgegangen ist, sondern auch wegen der Einheitlichkeit der leitenden Grundsätze, denen die verschiedenen Arten der Versicherungsverträge unterworfen sind.

Die nachfolgende Darstellung zerfällt demnach in vier Theile: eigentliches Handelsrecht, Wechselrecht, Seerecht, Versicherungsrecht. Für das eigentliche Handelsrecht verbleiben hierbei die auf den Handel im Allgemeinen sich beziehenden Rechtssätze sowie diejenigen speciellen Lehren, die nicht in einen der folgenden Theile gehören, d. h. die den Landhandel betreffenden mit Ausschluß des Wechsel- und Versicherungsrechts. Im Einzelnen muß sich die Berechtigung dieser Eintheilung und Anordnung aus der Darstellung selbst ergeben. [3])

§. 8.
Geschichtliche Entwicklung des Handelsrechts bis zu den neueren Codificationen. [1])

I. Daß bei den Römern das Handelsrecht nicht als ein besonderer Theil des Privatrechts hervortritt, ist bereits erwähnt. [2]) Gleichwohl ist das römische Recht die hauptsächlichste Grundlage des heutigen Handelsrechts, dasjenige Element, welches vorzugsweise zur

---

[3]) Die vorstehende Gliederung des Stoffes stimmt mit der von Go. I § 1 zu Grunde gelegten überein.

[1]) Eine Geschichte des Handelsrechts giebt es bisher nicht. Ueber das Wünschenswerthe einer solchen Go. I S. 8 und Z. 1. S. 23. Indeß wird bei den großen Schwierigkeiten der Aufgabe und bei dem Mangel nothwendiger Vorarbeiten die Erfüllung dieses Wunsches wohl noch geraume Zeit auf sich warten lassen. Eine Hinweisung auf dasjenige, was bisher in dieser Richtung geleistet, findet sich bei Lastig, Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts, Stuttg. 1877 § 1, dessen Werk selbst als ein sehr erheblicher Beitrag zur Förderung der Handelsrechtsgeschichte zu betrachten ist. Hinzuzufügen sind neuerdings noch desselben Verf.'s Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts, Z. 23 S. 138 ff., Brunner's, allerdings weit über das H.R. hinausgehende, Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Werthpapiere — Z. 22. 1, 59, 505; 23. 225 — und die Kritik des erstgenannten Werkes, von Goldschmidt ebendas. 23. 309. — Die kurzen Andeutungen im Text dieses §. bezwecken lediglich, die Einflüsse hervorzuheben, die hauptsächlich für das heutige H.R. bedeutend geworden sind.

[2]) Ueber den Werth des römischen Rechts für das H.R. Go. I § 5, § 37 (zu Anm. 12), und in der Zeitschrift 1. 5; Thöl § 5; geistvoll aber nicht immer zutreffend Endemann § 4.

Digitized by Google

Bildung desselben beigetragen hat. Seine Bedeutung für das Handelsrecht besteht nicht blos darin, daß es überhaupt die Grundlage unseres Privatrechts ist, sondern, und zwar in noch höherem Maße darin, daß dasselbe, besonders in den späteren Stadien seiner Entwicklung, in vieler Hinsicht als ein vorzugsweise den Bedürfnissen des Handels entsprechendes Recht erscheint.[3]) Namentlich trifft dies für das römische Obligationenrecht zu, welches mehr als das übrige Privatrecht, die nationalen Eigenthümlichkeiten abgestreift und sich zu einem allgemeinen Verkehrsrecht entwickelt hat.[4]) Es darf hiernach nicht als ein einseitiger Romanismus betrachtet werden, daß, soweit wir nicht auf eine andere Grundlage hingewiesen sind, die geschichtliche wie die dogmatische Entwicklung der handelsrechtlichen Lehren zunächst an das römische Recht anzuknüpfen sucht.[5])

Eine solche Anknüpfung ist allerdings nicht überall möglich. Eine Reihe handelsrechtlicher Institute hat ihren Ursprung nicht im römischen Recht, sondern in deutschen oder modernen Rechtsideen. Insbesondere ist der bei den Römern nur in vereinzelten Ansätzen hervortretende, dagegen die deutsche wie überhaupt die neuere Rechtsbildung in weitem Umfang beherrschende Gedanke, daß die Geltung der Rechtsverhältnisse im Verkehr nicht nach ihrer materiellen Begründung sondern nach ihrer äußeren in die Erscheinung tretenden Gestalt zu beurtheilen ist, auch für das Handelsrecht fruchtbar geworden. Die Folge hiervon ist eine Scheidung der inneren und der äußeren Seite der Rechtsverhältnisse, von denen jene für die rechtlichen Beziehungen der unmittelbar Betheiligten,[6]) diese Dritten gegenüber bestimmend ist. Die letztere erlangt hierdurch eine selbst-

---

[3]) Eine Bestätigung hierfür ergiebt sich auch aus dem großen Gewicht, welches die englische Jurisprudenz, gerade in Handels- und Seesachen, auf das römische Recht legt, Smith p. 3; Go. I § 30.

[4]) Daß es, auch abgesehen von den weiterhin erwähnten modernen Verkehrsgestaltungen, wie überhaupt im römischen Recht, so auch im Obligationenrecht nicht an Bestimmungen fehlt, die dem Handel nicht förderlich sind und die deshalb zu Abweichungen des H.R.'s vom bürgerlichen Recht Veranlassung gegeben haben, ist von Go. § 37 cit. nachgewiesen. Den hier angef. Beispielen könnten noch andere hinzugefügt werden. Auch bei diesen Abweichungen kommen zum Theil, bewußt oder unbewußt, germanische Rechtsanschauungen zu Ehren.

[5]) Thöl § 5.

[6]) D. h. derjenigen, unter denen das Rechtsverhältniß zur Entstehung gekommen ist, bezw. ihrer Rechtsnachfolger.

Digitized by Google

ständige, von dem inneren Gehalt des Rechtsverhältnisses losgelöste abstracte oder formale Existenz und wird in Folge dessen zu einem eignen Rechtsinstitut [7]). Dieser Rechtsgedanke darf als das wirksamste Motiv für die Schaffung neuer handelsrechtlicher Institute betrachtet werden; wesentlich auf ihm beruht z. B. die Gestaltung der handelsrechtlichen Stellvertretung, die Lehre von den Handelsgesellschaften, das auch in das Handelsrecht übergegangene deutschrechtliche Vindicationsprincip u. a. m. In engster Verbindung mit demselben steht ferner die Verkörperung obligatorischer Beziehungen in urkundlicher Gestalt, die in dem Institut der Werthpapiere Ausdruck gefunden hat. Geht in all diesen Lehren das Handelsrecht über das römische Recht hinaus, so kommt, abgesehen von einzelnen Modificationen des letzteren, außerdem in Betracht, daß der neuere Handelsverkehr eine große Zahl von Geschäften und Verkehrsbeziehungen ausgebildet hat, die den Römern entweder gar nicht oder nur in sehr unvollkommener Entwicklung bekannt waren und für die daher das römische Recht keine ausreichende Normen darbietet.[8]) Insoweit hiernach die Rechtsentwickelung den Boden des römischen Rechts verlassen hat, muß auch die Wissenschaft darauf verzichten, einen Zusammenhang, der in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, künstlich herzustellen.[9])

II. Das Handelsrecht als besonderes Recht hat seinen Ursprung in der mittelalterlichen Rechtsentwicklung, vor Allem in dem vom Landrecht sich sondernden, frühzeitig eine eigne Rechtssphäre bildenden Stadtrecht.[10]) Die Blüthe nicht nur des deutschen, sondern des

---

[7]) Daher auch in weit höherem Maße als bei den Römern das Streben nach Publicität aller Thatsachen, die Dritten gegenüber bestimmt sind und eigenthümliche hierdurch hervorgerufene Rechtsinstitute (Handelsregister).

[8]) Ueber den Einfluß, den die Beseitigung der Sclavenwirthschaft auf die Entstehung neuer, dem Alterthum unbekannter Handelsgewerbe gehabt hat, Endemann § 4; Go. I S. 420 Anm. 4; Grünhut, Commissionshandel S. 3. — Daß auch noch andere Momente in dieser Richtung gewirkt haben, bedarf kaum der Erwähnung; man denke nur an die unendliche Steigerung unserer materiellen und geistigen Communicationsmittel. Uebrigens haben dieselben Einflüsse, durch die neue Industriezweige hervorgerufen sind, auch den Trieb nach gewerblicher Association verstärkt und zur Bildung neuer Gesellschaftsformen beigetragen.

[9]) Der Vorwurf, in dieser Beziehung zu weit gegangen zu sein, kann namentlich dem ausgezeichneten Thöl'schen Lehrbuch nicht immer erspart werden.

[10]) Ueber Handel und Handelsrecht im deutschen Mittelalter (bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts) Waitz, Verfassungsgeschichte V 349 ff., VI 440 ff.,

Digitized by Google

europäischen Städtewesens im Mittelalter beruht wesentlich auf dem Handel, fast alle Städte, die zu geschichtlicher Bedeutung gelangt sind, waren der Mittelpunkt eines ausgedehnten Handelsverkehrs und ein großer Theil der ihnen gewährten Privilegien wie der von ihnen selbst geschaffenen Einrichtungen zielte darauf ab, sie hierzu geeignet zu machen, den Handel an das städtische Weichbild zu fesseln.[11]) In den Städten schlossen sich ferner, einer allgemeinen Tendenz der mitteralterlichen Rechtsbildung folgend, die Handeltreibenden zu korporativen Genossenschaften (Gilden, Innungen, collegia mercatorum) zusammen, die bald zu Macht und Ansehen gediehen, nicht nur Antheil am Stadtregiment zu gewinnen,[12]) sondern ihren Einfluß auch außerhalb der Heimath, zum Schutz der in der Ferne, in Factoreien oder auf Messen abenteuernden Landsleute, geltend zu machen wußten.[13]) Die kraftvollste Organisation

---

VII 377 ff., bes. 382, 388, 407. Besteuerung des Handels VIII 282 ff. — Mercator findet sich frühzeitig gleichbedeutend mit Stadtbürger, Waitz V 350 Anm. 2, 357 Anm. 1.

[11]) Zu den Privilegien, die den Handel in dem Weichbild der begünstigten Stadt zu concentriren suchen, gehört außer dem Marktrecht und dem mit demselben verbundenen Geleit der Marktbesucher (Bannmeile? Waitz VII 379[1]) namentlich das Stapelrecht in seinen verschiedenen Modificationen als Einlagerrecht (Jus emporii), Umschlagerecht, Straßenzwang; in Verbindung hiermit steht häufig das Krahnrecht. Vgl. über diese Privilegien Eichhorn, Einleitung in d. D. Privatrecht § 388; Grünhut, Commissionshandel S. 14 ff. — Das Stapelrecht spielt in der Geschichte der Messen eine große Rolle und hat vielfach zu Conflicten zwischen den dasselbe in Anspruch nehmenden Städten geführt. — Anderes bei Waitz a. a. O. — Für das spätere M.A. ist namentlich die vortreffliche, wenn auch auf eine einzelne Stadt sich beschränkende Schrift von Th. Hirsch Handels- und Gewerbsgeschichte Danzigs unter der Herrschaft des Deutschen Ordens, Leipzig 1858 zu nennen.

[12]) Gierke, Genossenschaftsrecht I § 38. — Die Kaufmannsgilden gehören zu den oberen Gilden, ebenso die kaufmännischen arti in Italien, Lastig, Entwicklungswege S. 244. Gleich allen Innungen strebten auch die kaufmännischen Gilden nach Ausschließungsrechten gegen die Nichtgenossen: Zünftigkeit des Kleinhandels Martens § 9, Heise § 10; Monopolien für den auswärtigen Handel, Gierke S. 347.

[13]) Lastig S. 150 ff. Ueber die Organisation der im Ausland Handel treibenden Kaufleute Go. I S. 321 Anm. 6 und die das. Angeff. Ein sehr interessantes Beispiel für den Zusammenhang, in dem diese Organisationen mit der Heimath standen, liefern die Verhandlungen zwischen Philipp III und dem corpus mercatorum Toscanorum et Lombardorum über die Verlegung der italienischen Handelsniederlassungen von Montpellier nach Nimes. Die bei dieser Gelegenheit

Digitized by Google

zum Schutz des auswärtigen Handels war die deutsche Hansa und dieser Bund, der in seiner Blüthezeit eine wahre Großmachtsstellung einnahm, hat auch für die Geschichte des Handelsrechts Bedeutung erlangt.[14]) — Was den Einfluß der Kaufmannsgilden auf die Fortbildung des letzteren betrifft, so beruht derselbe vorzugsweise darauf, daß ihnen gleich allen Innungen die Befugniß, unter Bestätigung durch die Stadtobrigkeit Willküren zu setzen und zugleich Gerichtsbarkeit über die Gildegenossen zustand. Aus dieser Gerichtsbarkeit sind die Handelsgerichte hervorgegangen,[15]) die nicht nur den geschriebenen Satzungen, sondern auch den Handelsgebräuchen und den in ihnen sich kundgebenden kaufmännischen Anschauungen, dem sog. stylus mercatorum Anerkennung verschafften.[16]) Diese Entwicklung scheint sich im Ganzen auf gleichmäßigen Grundlagen in allen handeltreibenden Ländern vollzogen zu haben; am deutlichsten wahrnehmbar ist sie in den auch am unmittelbarsten mit dem modernen Recht zu-

---

ertheilten Privilegien sind vielfach irrthümlicher Weise für Meßprivilegien gehalten worden, Ménard hist. civ. de Nimes I p. 360 ss. (Ausg. von 1750); vgl. auch Biener, Wechselrechtl. Abhandl. S. 44.

[14]) Die Literatur über die deutsche Hansa bei Go. I S. 25. Von den das. angef. Hansarecessen sind gegenwärtig von der ersten Abth. (— 1430) vier, von der zweiten (— 1476) zwei Bände erschienen. Außerdem sind hinzugekommen das Hansische Urkundenbuch von Höhlbaum 1876 und zwei Bände Hansischer Geschichtsquellen (Verfassungsbuch der Stadt Stralsund von Franke nebst Einleitung von Frensdorff 1875 und Rathslinien der Stadt Wismar von Crull 1875. Speciell in Bezug auf die Bedeutung der Hansa für das Handelsrecht sind namentlich Neumann, Gesch. des Wechsels im Hansagebiet bis zum 17. Jahrh. 1863 (Beilageheft zu Go. 7), ferner Hirsch in der Anm. 11 genannten Schrift bes. S. 200 ff.; Pauli, Lübeckische Rechtszustände im M.A. Bd. 1—3 (bes. Bd. 1 S. 290; Bd. 2 S. 17, 34, 73, 88; Bd. 3 S. 98 ff.) zu vgl. — Die Hansarecesse dürften in dieser Hinsicht noch mancherlei weiteres Material darbieten.

[15]) Zur Geschichte der Handelsgerichte ist jetzt namentlich die mehrerwähnte Schrift von Lastig zu erwähnen. Von den beiden italienischen Städten, auf die sich die eingehenden Untersuchungen des Verf. erstrecken, hat Genua, eben weil dort Alles auf den Handel zugespitzt war, keine besonderen Handelsgerichte gehabt, S. 149 a. a. O.; in Florenz waren die Handelsgerichte zunächst Gildegerichte für die Genossen der verschiedenen kaufmännischen Gilden (arti), aus deren Vereinigung die ebenfalls mit Gerichtsbarkeit versehene mercanzia hervorgegangen ist, ebdas. S. 260 ff., 332 ff. Vgl. außerdem Endemann, Z. 5. 355 ff. und die vorzugsweise die Entwicklung in Frankreich berücksichtigende Abhandlung von Creizenach, Z. 4, Beilageheft.

[16]) Go. I § 5, § 35, hier insbesondere die reichhaltigen Nachweisungen in Anm. 1 und 2; Massé I Nr. 83.

Digitized by Google

sammenhängenden Quellen des italienischen Handelsrechts, den Statuten namentlich der nord- und mittelitalienischen Städte und der dort gegründeten Kaufmannsinnungen.[17]) Dieselben beruhen bereits auf der Grundlage des römischen und kanonischen Rechts. An diese Quellen schließt sich seit dem Ende des M.A.'s eine handelsrechtliche Literatur, die, soweit sie nicht von theologischen Gesichtspunkten ausgeht, wesentlich unter der Herrschaft der Postglossatoren steht, ihrerseits aber den größten Einfluß auf die Wissenschaft und Praxis des Handelsrechts in andern Ländern, namentlich auch in Deutschland geübt hat.[18]) — Unter der Herrschaft dieser Einflüsse gestaltete sich das Handelsrecht zu einem Sonderrecht in dem vorwiegend subjectiven Sinne eines Standesrechts, und dieser Charakter verblieb ihm auch, nachdem es längst aufgehört hatte, ein bloßer Inbegriff von Berechtigungen (Privilegienrecht) zu sein.[19])

---

[17]) Go. I S. 18 ff.; Lastig a. a. O., insbes. § 3, § 14—17, § 35—38. — Zur Bibliographie: Extrait du catalogue de la bibliothèque du sénateur Hube Varsovie 1864 und Manzoni bibliografia degli statuti ordini e leggi dei municipii Italiani. P. I Bologna 1876 (dazu Rec. von Wach in Jen. Lit. Zeit. 1877 Nr. 19).

[18]) Ebenso sorgfältige wie eingehende Angaben über diese Literatur bei Go. I § 8. Verwerthet hat dieselbe von den Neueren bes. Endemann, von dem namentlich hierher gehören „Beiträge z. Kenntn. des H.R.'s im M.A.", Z. 5 S. 331 ff. (1862), „die nationalökon. Grundsätze der kanonistischen Lehre" Jena 1863 (Sep.Abdr. aus Hildebrand's Jahrb. für Nationalökon. und Statistik I), „Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre bis gegen E. des 17. Jahrh.'s" I Berlin 1874; zu letzterem Werk ist zu vgl. Lastig, Z. 23 S. 138 ff. — Endemann's Schriften gipfeln darin, den Gegensatz des H.R.'s zu dem Wucherdogma des kanonischen Rechts und zur scholastischen Methode der Postglossatoren hervorzuheben. Aus beiden Gegensätzen ergeben sich unzweifelhaft richtige Gesichtspuncte — wenn man sie auf ihr richtiges Maß beschränkt. Das Wucherdogma beherrscht nicht die wirthschaftliche Entwicklung des Mittelalters, sondern ist nur ein Symptom derselben, und was die Scholastik anlangt, so sind Stracha und seine Nachfolger trotz aller Betonung der aequitas ebenso darin befangen, wie Bartolus und Baldus, auf deren Schultern sie stehen.

[19]) Go. I §§ 3, 37; Endemann § 4. — Wie lange diese Auffassung nachgewirkt hat, ergiebt sich u. A. aus der Stellung des H.R.'s im Allgem. Preuß. Landrecht (unten § 9 Anm. 12) und in verschiedenen neueren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts, wie z. B. in den beiden ersten Auflagen von Beseler's System und bei Phillipps. — Das H.G.B. hat den Begriff des Kaufmannsstandes und damit auch des Standesrechts fallen lassen, die Ueberschrift des ersten Buches „Vom Handelsstande" soll keinen Stand im Rechtssinn bezeichnen.

Digitized by Google

§. 9.

Die neuere Gesetzgebung bis zum neunzehnten Jahrhundert. Der code de commerce.

I. Auf dem angedeuteten Wege, durch Statuten, Wissenschaft und Praxis wurde das Handelsrecht zunächst auch in der neueren Zeit fortgebildet.[1]) Die eigentlich staatliche Gesetzgebung beschäftigte sich nur in geringem Maße mit demselben.[2]) Eine neue Periode in dieser Richtung eröffnete die im März 1673 von Ludwig XIV erlassene Ordonnance du commerce[3]); sie war der erste Versuch, das Handelsrecht wenn auch nicht in unserem Sinne zu codificiren, so doch in umfassenderer Weise einheitlich für ein großes Land zu regeln.[4]) In 12 Titel zerfallend erstreckt sie sich auf Materien des eigentlichen Handelsrechts, auf das Wechselrecht, den kaufmännischen Concurs und die Gerichtsbarkeit in Handelssachen.[5]) Besonders thätig bei der Abfassung dieses durch Colbert angeregten Gesetzes, dem 1681 eine das Seerecht enthaltende Ordonnanz folgte, war der als Autorität in Handelssachen anerkannte Kaufmann Jacques Savary (1622—1690)[6]), der sowohl durch schriftliche Ausarbei-

[1]) Von der speciell auf das Wechsel- und Seerecht bezüglichen Gesetzgebung wird hier abgesehen.

[2]) Die spärlichen auf den Handel bezüglichen Bestimmungen der vormaligen deutschen Reichsgesetzgebung betreffen zum größten Theil nicht das Privathandelsrecht. Eine Zusammenstellung bei Go. I S. 46—48.

[3]) Offizielle Bezeichnung: Edit du roy servant de réglement pour le commerce des négocians et marchands tant en gros qu'en détail.

[4]) Aus der früheren französischen Gesetzgebung ist namentlich ein Edict Karl's IX vom November 1563 zu erwähnen, welches die Verfassung der Handelsgerichte in der Stadt Paris feststellt. Durch die Ordonnanz von 1673 (Tit. 12 Art. 1) ist dasselbe auf alle Handelsgerichte des Königreichs für anwendbar erklärt worden.

[5]) Die zwölf Titel enthalten zusammen 122 Artikel (jeder Titel zählt von vorn). Rubriken: 1. Von den Lehrlingen und den Groß- und Kleinkaufleuten. 2. Von Bankagenten und Mäklern. 3. Von den Handelsbüchern und den Registern der Kaufleute und Bankiers. 4. Von Gesellschaften. 5. Von Wechselbriefen. 6. Von Wechselzinsen und dem Ricambio. 7. Von der Personalhaft. 8. Von der Gütertrennung. 9. Von Moratorien (des défenses et lettres de répy). 10. Von der Güterabtretung. Von Fallimenten und Bankerotten. 12. Von der Handelsgerichtsbarkeit (de la jurisdiction consulaire).

[6]) Eine Notiz über das Leben von S. vor den späteren Ausgaben seines Hauptwerkes: le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers (erste Ausg.

Digitized by Google

tungen wie durch Theilnahme an den Berathungen der betreffenden Commission einen maßgebenden Einfluß auf seinen Inhalt geübt hat.[7]) Die Ordonnanz verdient das Lob einer umsichtigen, sowohl

---

1675, zuletzt 1800). Außerdem rührt von ihm eine Sammlung von Gutachten her, unter dem Titel Parères ou avis et conseils sur les plus importantes matières du commerce, zuerst 1688 veröffentlicht, später als zweiter Theil mit dem parfait négociant verbunden. Die Schriften von S., nach seinem Tode von seinen Söhnen Jacques S. des Bruslons und Philémon Louis S., Canonicus von S. Mans, herausgegeben und vermehrt, genossen in Frankreich wie im Ausland außerordentliches Ansehen. Namentlich der parfait négociant erschien noch bei Lebzeiten des Verfassers in sechs Auflagen und in einer Anzahl von Uebersetzungen. Von ihm selbst heißt es in der erwähnten Lebensbeschreibung: il eut l'honneur, ce qui jusqu'alors avait été particulier au célèbre Cuias, d'être cité au barreau lui vivant, ses décisions fûrent mises en quelque sorte en parallèle avec les lois — et sans avoir d'autres dégrés ni d'autres titres que son habileté et sa réputation, il devint l'avocat consultant et comme l'oracle du commerce. — Zu bemerken ist hierbei, daß der s. Z. gleichfalls sehr viel gebrauchte Dictionnaire universelle du c. nicht von unserem, sondern von dem vorgenannten jüngeren Jacques S. verfaßt ist.

[7]) Eine kurze Nachricht hierüber findet sich in der Vorrede zum parfait nég. Danach hatte S. durch ein königliches Rundschreiben, welches die Juges et Consuls und die Vorsteher der Kaufmannschaften zur Einsendung gutachtlicher Bemerkungen für das zu entwerfende Reglement aufforderte, sich veranlaßt gesehen, dem Minister Colbert im August und September 1670 zwei Aufsätze zu überreichen, von denen der eine einen Gesetzentwurf enthielt. Er wurde hierauf mit noch zwei anderen kaufmännischen Sachverständigen, André le Vieux und Jean Bachelier zu dem von Pussort, dem Onkel Colbert's präsidirten Conseil de réforme, aber wie es scheint, nicht als wirkliches Mitglied zugezogen, und betheiligte sich daselbst nicht nur mündlich, sondern auch durch schriftliche Ausarbeitungen über einzelne Gegenstände qui furent assez bien reçus. Der aus den Berathungen hervorgegangene Entwurf, von de Gomont verfaßt, wurde demnächst im conseil des Königs, anscheinend unter persönlicher Theilnahme Ludwigs XIV discutirt und ging mit den hier zu demselben gemachten Bemerkungen wiederum an das conseil de réforme zurück, wo vor der Schlußredaction S. mit noch drei anderen Personen (de Bellinzany, André le Vieux, Robert Poquelin) nochmals einvernommen wurde. Demgemäß ist S. zwar nicht, wie Biener, wechselrechtl. Abhandl. S. 148 ff. annimmt, als der Verfasser des der Ordonnance zu Grunde liegenden Entwurfes zu betrachten; wie groß aber sein Einfluß auf ihren Inhalt gewesen, ergiebt sich daraus, daß Pussort dieselbe als Code Savary zu bezeichnen pflegte und daß, als später einmal Colbert um Abänderung einer ihrer Bestimmungen angegangen wurde, er, um Sinn und Motive der betreffenden Vorschrift festzustellen, sich zunächst an S. wandte (Parère XIV). Ueber die Richtung, in der er seinen Einfluß geltend machte, heißt es in der Vie de S.: „il se distingua . . . par sa fermeté à s'opposer aux adoucissements dangereux que l'intérêt inspirait quelquefois sur certains articles.“

Digitized by Google

die Jurisprudenz wie die Anforderungen des Verkehrs berücksichtigenden Gesetzgebung: ihr Inhalt ist vielfach in den code de commerce übergegangen und sie ist dadurch mittelbar die Quelle für manche Bestimmungen der gegenwärtig geltenden Handelsgesetzbücher geworden.[8])

II. Einen lokalen Charakter hat die spanische, für die Kaufmannschaft der Stadt Bilbao erlassene Handelsordnung, die von einem Ausschuß der dortigen Kaufmannschaft redigirt, im Jahre 1737 durch Philipp V bestätigt worden ist.[9]) Dieselbe hat indeß später auch außerhalb Bilbao's in den Handelsgerichtshöfen Spaniens und der Colonien Geltung erlangt und ist noch im Jahre 1827 durch königliche Verordnung als maßgebende Norm für das Handelsgericht Madrid anerkannt worden.[10]) Sie ist umfassender angelegt als ihr franzö-

---

[8]) Heise S. 7 nennt die Ord. nicht mit Unrecht „für die damalige Zeit ein Meisterstück". Bei ihrer Würdigung darf freilich nicht der Maßstab eines modernen Gesetzbuches angelegt werden. — Ausgaben mit Erläuterungen: Bornier Conférences des Ordonnances de Louis XIV. 2 Tomes, zuerst Paris 1678, zuletzt nach Go. 1755 (ich benutze eine Ausg. von 1744). Der zweite Theil enthält nächst den Ord. pour les matières criminelles die Ord. du c., Text mit ausführlichen Erläuterungen. — Jousse commentaire sur l'ord. du c. Paris 1755 und öfter, neuerdings von Bécane herausg., Paris 1827. Weitere Angaben bei Go. I S. 43.

[9]) Vollständiger Titel in der mir vorliegenden Ausg. (Villanueva y Gueltru 1813): Ordenanzas de la ilustre universidad y casa de contratacion de la m. n. y m. l. villa de Bilbao (insertos sus reales privilegios) aprobadas y confirmadas por el rey nuestro señor Don Felipe Quinto (que Dios guarde). Año de 1737. Nachrichten über die Redaction des Gesetzes in der königlichen Bestätigungsurkunde, der die Verordnung und die Beschlüsse der betheiligten Körperschaften hinsichtlich der Abfassung desselben einverleibt sind. Der Eingang dieser Urkunde (confirmacion real y decretos para hacer las ordenanzas) steht vor Cap. 1, darauf folgt der Text des Gesetzes und demnächst nach Kap. 29 der Schluß, hier auch die Bestätigungsclausel selbst nebst Anordnung der Publication. Hierzu sowie über die Handelsgesetzgebung anderer spanischer Städte Go. I S. 40 und die introduccion historica al código de comercio von de la Serna, Madrid 1875 p. 23 und 26. — Die Ordonnanzen sind zuerst in dem Jahr ihrer Publication, dann häufig, unter Einschaltung der auf sie bezüglichen neueren Verordnungen, in amtlichen Ausgaben erschienen. Eine Revision ist nach de la Serna p. 26 im Jahr 1819 veranstaltet worden.

[10]) Eine gesetzliche Sanction der Ordonnanzen für ganz Spanien ist nicht erfolgt, Go. a. a. O., vgl. auch de la Serna p. 29: estas ordenanzas (de Bilbao) — fueran respetadas frecuentemente, ya que no como ley, como autoridad para decidir las cuestiones que se ventilaban en los tribunales cuando no habia otro testo legal que sirviera de norma á los jueces. . . .

Digitized by Google

sisches Vorbild, enthält namentlich das eigentliche Handelsrecht in weiterem Umfang, außerdem Wechsel-, See- und Assecuranzrecht.[11]) Auf ihren Inhalt haben die französischen Ordonnanzen zwar stark eingewirkt; in vieler Beziehung aber ist sie eine von diesen unabhängige Arbeit, die insbesondere auch auf die einheimischen Rechtsgewohnheiten Rücksicht nimmt.[11a])

III. Das erste Beispiel einer Codification des Handelsrechts bietet das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten dar (Publicationspatent vom 5. Februar 1794, in Kraft getreten am 1. Juni 1794), welches in dem vom Bürgerstand handelnden achten Titel des zweiten Theils Abschnitt 7—15 (§§ 475—2464)[12]) eine auch auf das Wechsel- und Seerecht sich erstreckende, wie schon

---

Los diversos consulados — tenian sus ordenanzas particulares, los de Barcelona y Valencia entre otros se regian por sus leyes y costumbres con preferencia al código bilbaino y — habia en cada consulado cierta jurisprudencia consuetudinaria que se diferenciaba poco ó mucho de las demas. Daher wird auch in dem Publicationspatent zu dem H.G.B. von 1829 der Mangel an allgemein feststehenden Rechtsnormen ausdrücklich als ein Motiv für den Erlaß dieses letzteren geltend gemacht. Ueber die theilweise noch oder doch bis in die jüngste Vergangenheit fortdauernde Geltung der Ordonnanzen in den früheren spanischen Colonien unten § 10 B.

[11]) Von den 29 Kapiteln des Gesetzes gehören dem Privathandelsrecht an Kap. 9—12: Kaufleute und Handelsbücher, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäfte, darin auch Handelskauf; Commissionen; Kap. 14 Handelseffecten; Kap. 15 Makler. — Die Kap. 1—8 enthalten Bestimmungen über die Organisation der Handelsbehörden; Kap. 13 enthält das Wechselrecht, Kap. 16 Schiffsmäkler, Kap. 17 Falliments, Kap. 18—29 Seerecht; — vgl. Go. a. a. O.

[11a]) Unmittelbar nach der Publication der Ordonnanzen erhoben die in Bilbao residirenden fremden Kaufleute Beschwerde über ihren Inhalt, indem sie eine Reihe von Bestimmungen als dem Handel und den ihnen völkerrechtlich zugesicherten Rechten präjudicirlich bezeichneten. Es wurde hierüber förmlich contradictorisch verhandelt und schließlich erfolgte durch eine real provision vom 10. December 1740 die Abweisung der Beschwerdeführer als nicht gehörig zur Sache legitimirt (no ser partes legitimas y competentes), womit eine neue Bestätigung der Ordonnanzen verbunden wurde. Die königl. Verordnung nebst den interessanten Verhandlungen wird in den amtlichen Ausgaben hinter dem Text des Gesetzes mitgetheilt.

[12]) Ueberschriften der einzelnen Abschnitte: von Kaufleuten (darin auch Handelsgesellschaften und Handelsgeschäfte); von Wechseln; von Handelsbillets und Assignationen; von Mäklern; von Rhedern, Schiffern und Befrachtern; von Havarie und Seeschäden; von Versicherungen; von der Bodmerei; von Fuhrleuten. — Bezeichnend für die Gesammtauffassung des Gesetzgebers ist, daß das Handelsrecht zum Ständerecht gestellt ist (Th. II Tit. 7 Bauernstand; Tit. 8 Bürgerstand; Tit. 9 Adelstand). — Vgl. über die preußische Handelsgesetzgebung überhaupt Go. I § 9, 21.

Digitized by Google

die Paragraphenzahl zeigt, sehr ausführliche Gesetzgebung enthält. Bei der Redaction dieser Abschnitte des preußischen Gesetzbuches ist namentlich Joh. Georg Büsch in Hamburg (1728—1800) zu Rathe gezogen worden, der unter Beihülfe von einem Lübecker und zwei Hamburger Kaufleuten Vorschläge für den Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches ausgearbeitet hat, die dann auch vielfach Berücksichtigung gefunden haben.[13]) Im Allgemeinen zeigt das Handelsrecht des preußischen Landrechts dieselben Vorzüge und Mängel, die diesem überhaupt anhaften.[14]) Gewissenhaft eingehende Behandlung des Stoffs, das Streben, der Billigkeit und den wirthschaftlichen Bedingungen der Rechtsverhältnisse gerecht zu werden, geben sich überall kund, aber andererseits auch eine übergroße Umständlichkeit und namentlich eine sehr stark vorwaltende Neigung zur Casuistik, über der die Schärfe principieller Auffassung häufig verloren geht.

IV. Die meisten Handelsgesetzbücher sind erst im Laufe dieses Jahrhunderts entstanden. Zuerst wiederum in Frankreich.[15]) Eine Revision der Ordonnanz von 1673 war bereits unter Ludwig XVI in Angriff genommen worden, der aus derselben hervorgegangene Entwurf blieb indeß ohne Folgen. Wieder aufgenommen wurden die Revisionsarbeiten durch eine vom ersten Consul im Jahr 1801 eingesetzte Commission von sieben Mitgliedern. Dieselbe stellte einen neuen Entwurf her, der demnächst auf Grund der von den Gerichten und Handelskammern eingeholten Gutachten umgearbeitet und im Jahr 1803 dem Staatsrath vorgelegt wurde. Hier erfolgte die entscheidende Revision indeß erst in den Jahren 1806 und 1807 und auf Grund derselben die letzte Redaction durch den Staatsrath Bégouen. Nachdem sodann die weiteren Berathungsstadien in

---

[13]) Die von Büsch zugezogenen Kaufleute waren Georg Heinrich Sieveking, Ulr. Moller aus Hamburg und der Assecuradeur Jürgen Hinrich Gädertz aus Lübeck. Nähere Auskunft bei Büsch Theor.-prakt. Darstellung der Handlung, 3. Ausg. Bd. I S. 605 ff.

[14]) Zur Charakteristik des Handelsrechts im Allg. L.R. vgl. Heise S. 7.

[15]) Ausführliche Nachrichten über die Redactionsgeschichte des Code de commerce bei Locré (während der Vorarbeiten Generalsecretär und Protocollführer des Staatsraths) législation civile et crim. de la Fr. Par. 1827 ss. T. 1 p. 122—131 und T. 17—20, sowie in desselben esprit du code de comm. 10 Bde. Paris 1807 ff.; neue Ausg. in 4 Bdn. Par. 1829. — Kurze Mittheilungen bei Biener, Wechselrechtl. Abhandlungen S. 153, de Wal nederl. handelsr. I p. 16 ff. und besonders Go. I S. 209 ff.

Digitized by Google

den bei der Gesetzgebung mitwirkenden Körperschaften (Tribunat und corps législatif) durchgemacht waren, wurde das fertig gestellte Werk im Laufe des September 1807 abschnittweise publicirt. Das ganze Gesetz ist hierauf am 1. Januar 1808 unter dem Titel code de commerce in Kraft getreten. Dasselbe besteht aus 648 Artikeln, die in vier Bücher zerfallen; erstes Buch: du commerce en général (Art. 1—189), das eigentliche Handels- und das Wechselrecht umfassend;[16]) zweites Buch: du commerce maritime (Art. 190—436); drittes Buch: des faillites et des banqueroutes (Art. 437—614); viertes Buch: de la juridiction commerciale (Art. 615—648). — Der code de commerce enthält manche unzweckmäßige und engherzige Bestimmungen, so daß er gegenüber den Ordonnanzen Ludwig's XIV, an die er sich, wie erwähnt, vielfach anschließt, nicht immer einen Fortschritt bezeichnet.[17]) Dennoch läßt sich nicht bestreiten, daß er schon vermöge der Präcision seiner Vorschriften in hohem Grade für die praktische Anwendbarkeit geeignet erscheint, und er verdankt den weitreichenden Einfluß, den er auch außerhalb der Grenzen Frankreichs gewonnen hat, keineswegs allein der napoleonischen Herrschaft.

In Frankreich selbst ist er durch die neuere Gesetzgebung mannigfach ergänzt und abgeändert worden.[18]) Namentlich ist durch Gesetz

---

[16]) Das erste Buch enthält acht Titel: von den Kaufleuten, von den Handelsbüchern, von den Gesellschaftern, von den Gütertrennungen, von den Handelsbörsen, Wechselagenten und Mäklern, von den Commissionären (darin auch Spedition und Frachtgeschäft), von Käufen und Verkäufen, vom Wechsel, Ordrepapier und der Verjährung. — Außerdem ist noch Tit. 2 des vierten Buches zu erwähnen, der durch die Aufzählung der actes de commerce auch für das materielle Recht von Bedeutung ist.

[17]) Vgl. über ihn z. B. Heise S. 8; Brinckmann S. 20; Vibari I No. 52. Auch die einsichtsvollen französischen Schriftsteller sind keineswegs unbedingte Bewunderer des napoleonischen Gesetzbuches; man sehe z. B. das reservirte Urteil bei Bédarride I Nr. 15.

[18]) Eine vollständige Uebersicht der neueren französischen Handelsgesetzgebung bis zum Jahr 1872 bei Go. I S. 213 ff. Dazu die weiteren Nachweisungen von Franz Mittermaier, Z. 20. 109; 21. 146; 22. 174; Beilageheft zu Bd. 23 S. 168, Bd. 24 S. 187. Durch Ordonnanz vom 31. Januar 1841 ist ein neuer amtlicher Text des Code publicirt worden, der die bis dahin erfolgten Abänderungen desselben aufgenommen hat. Eine gute Textausg., die die Einschaltung der abändernden Bestimmungen bis auf die neueste Zeit fortführt, bieten die Codes et lois usuelles von Roger u. Sorel, Paris 1879. (Die abrogirten Bestimmungen des Textes von 1807 sind in Noten beigefügt; die lois usuelles enthalten die größeren ergänzenden Gesetze, die sich nicht in den Text der Codes einschalten lassen.)

Digitized by Google

vom 28. Mai 1838 das gesammte dritte Buch, durch Gesetz vom 23. Mai 1863 der sechste Titel des ersten Buchs (früher des commissionaires, jetzt du gage et des commissionaires lautend), durch Gesetz vom 24. Juli 1867 ein großer Theil des Gesellschaftsrechts umgestaltet worden. Ebenso hat das Wechsel- und das Seerecht einzelne Modificationen erfahren. Eine umfassende Revision des letzteren ist seit längerer Zeit in Angriff genommen, indeß, wie es scheint, vorläufig wiederum suspendirt worden.[19])

Gleich den übrigen französischen Gesetzbüchern wurde der code de commerce unter der Herrschaft des ersten Napoleon nicht nur in dem ganzen damaligen Kaiserreich, sondern auch in den meisten napoleonischen Staatengebilden eingeführt. Ist nun auch seine Geltung späterhin wieder erheblich eingeschränkt worden, so ist er doch für einen Theil des außerfranzösischen Europa's Gesetz geblieben[20]) und in noch weiterem Umfang die Grundlage der neueren Gesetzgebung geworden. Eine Anzahl der neueren Handelsgesetzbücher sind Uebersetzungen oder doch in geringem Maß modificirende Bearbeitungen desselben, aber er hat auch auf diejenigen Gesetzgebungen, die eine mehr selbständige Stellung einnehmen, vielfach eingewirkt. Kein später erschienenes Handelsgesetzbuch hat sich seinem Einfluß ganz entzogen.[21])

---

[19]) Hierüber berichtet ausführlich v. Duhn in Z. 14 S. 89 ff.; zu Stande gekommen ist bisher nur die loi qui rend les navires susceptibles d'hypothèque vom 10. December 1874, Z. 22. 175 ff.

[20]) Er gilt noch gegenwärtig im Großherzogthum Luxemburg, in Belgien (hier allerdings erheblich modificirt, § 10 Nr. 5), im Königreich Polen, im Kanton Genf und in einzelnen Theilen des Kantons Bern; — er galt ferner bis zur Einführung des Deutschen H.G.B. in den nach französischem Recht lebenden deutschen Landestheilen, d. h. in der preußischen Rheinprovinz, mit Ausnahme der Kreise Rees, Duisburg, Essen und des rechtsrheinischen Theiles des Regierungsbezirkes Coblenz, in dem vormals hessen-homburgischen Oberamt Meisenheim, in Rheinhessen, der Rheinpfalz, dem zu Oldenburg gehörigen Fürstenthum Birkenfeld und in Elsaß-Lothringen. In all diesen Ländern gilt oder galt der Originaltext des französischen Gesetzbuches. Bis zur Einführung des Deutschen H.G.B. galt ferner a) im Großherzogthum Baden eine deutsche Bearbeitung des Code de comm., unter dem Titel: „Anhang von den Handelsgesetzen" gleichzeitig mit dem Badischen Landrecht publicirt (über die Abweichungen vom Original Go. I S. 172); b) in Südtirol, Dalmatien und Stadt Krakau nebst Gebiet eine italienische und bezw. polnische Uebersetzung desselben. — Inwieweit in dem Geltungsgebiet des H.G.B. der Code de comm. anwendbar geblieben ist, unten §. 17.

[21]) Auch in dem Deutschen H.G.B. ist dieser Einfluß deutlich genug bemerkbar.


Digitized by Google

§. 10.*)
Stand des Handelsrechts in den Ländern, in denen weder das französische noch das deutsche H.G.B. Geltung haben.

A. Der gegenwärtige Rechtszustand in Europa ist, abgesehen von dem Geltungsgebiet des code de commerce und des deutschen Handelsgesetzbuchs, folgender:

I. Codificationen des Handelsrechts besitzen nachstehende Staaten:

1. Spanien: Código de comercio, publicirt am 30. Mai 1829, in Kraft getreten seit dem 1. Januar 1830. Besteht aus 1219 in fünf Bücher geschiedenen Artikeln [1]): von den Kaufleuten und Handelsagenten; von den Handelsgeschäften; vom Seehandel; von Fallimenten; von der Rechtspflege in Handelssachen.[2]) In Verbindung mit dem letzten Buch steht die am 24. Juli 1830 erlassene Handelsgerichtsordnung (ley de enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio). — Bei der Abfassung sind außer dem code de commerce vorzugsweise einheimische Quellen, insbesondere die Ordonnanzen von Bilbao zu Rathe gezogen worden, im Ganzen aber ist das spanische

*) Ueber Sammlungen der Handelsrechtsquellen und rechtsvergleichende Darstellungen Thöl I § 10. Hinzuzufügen sind: a) Manuel de droit commercial français et étranger par Höchster, Sacré et Oudin Paris 1874, 76. 3 Tomes (T. 2 und 3: Droit maritime). Enthält in den einzelnen Abschnitten zunächst eine Darstellung der französischen und hierauf eine Vergleichung der fremden Rechte, ist aber für die letzteren nur mit Vorsicht zu benutzen; b) Ch. Lyon-Caen Tableau des lois commerciales en vigueur dans les principaux états de l'Europe. Par. 1876 (Z. 23. 313); c) das nicht blos das H.R. umfassende annuaire de législation étrangère, publié par la société de législ. étrang. Paris seit 1871 (vgl. Z. 23. 289). — Außerdem namentlich die sorgfältigen Uebersichten und Mittheilungen in der Zeitschr. für Handelsrecht.

[1]) Die Entstehungsgeschichte in der introduccion historica a código de comercio — por — D. Pedro Gomez de la Serna y D. José Reus y Garcia, (Ed 6.) Madr. 1875. — Als Verf. des H.G.B.'s wie der ley de enjuiciamiento wird daselbst Don Pedro Sainz de Andino genannt; — vgl. Go. I 237 ff.

[2]) Das erste Buch zerfällt in drei Titel: Fähigkeit und Befugniß zum Handelsbetrieb; allgemeine Verpflichtungen der Kaufleute (Handelsregister, Buchführung, Correspondenz); Hülfspersonal (Mäkler, Commissionäre, Factoren und Handlungsgehülfen, Frachtführer). — Das zweite Buch hat zwölf Titel: Allgemeine Bestimmungen; Handelsgesellschaften; Handelskauf; Tausch; Darlehen; kaufmännisches Depositum; kaufmännische Bürgschaften; Binnentransportversicherungen (de los seguros de conducciones terrestres); Wechselrecht; andere Ordrepapiere; Kreditbriefe; allgemeine Bestimmungen über die Verjährung der Handelscontracte.

Digitized by Google

H.G.B. eine selbständige, sorgfältig durchgearbeitete Gesetzgebung. Seit der Publication sind mehrere abändernde und ergänzende Einzelgesetze ergangen. Eine umfassende Revision wird seit lange beabsichtigt,[3]) bisher hat dieselbe nur zu einem Decret vom 6. December 1868 geführt, durch welches sechszehn Artikel geändert und unter Beseitigung der Handelsgerichtsbarkeit das fünfte Buch sowie das Gesetz vom 24. Juli 1830 außer Kraft gesetzt worden sind.[4])

2. **Portugal**: Codigo commercial Portuguez, publicirt am 18. September 1833, in Kraft getreten am 14. Januar 1834.[5]) Verfasser ist José Ferreira Borges. Das Gesetzbuch, aus 1860 Artikeln bestehend, zerfällt in zwei Theile: Land- und Seehandel. Der erste Theil besteht aus drei Büchern: Handelspersonen — Handelsverbindlichkeiten — Handelsklagen nebst Handelsgerichtsbarkeit und Fallimenten.[6]) Benutzt ist in erster Linie das großen Theils wörtlich zu Grunde gelegte spanische H.G.B., neben demselben haben namentlich der code de commerce, die niederländischen Entwürfe und das Handelsrecht des preußischen Landrechts Beachtung gefunden, letzteres theilweise ebenfalls in wörtlicher Uebersetzung.[7]) Ist demnach der codigo auch zum großen Theil kein originales Werk, so ist er doch ein nicht blos durch äußeren Umfang, sondern auch durch Gründlichkeit ausgezeichnetes H.G.B., wenngleich seinem gesetzgeberischen Werth der stark lehrhafte Charakter desselben einigen Eintrag thun dürfte.[8])

---

[3]) de la Serna p. 36 ff. — Uebersicht über die neueren Gesetze bei Go. I S. 239. Die Mehrzahl derselben ist wörtlich mitgetheilt bei de la Serna p. 477.

[4]) Eine deutsche Uebersetzung Schumacher Spanisches H.G.B. nach der amtl. Madrider Ausg. übersetzt. Hamburg 1832.

[5]) Dieser Termin ist in dem bei Go. I S. 241 angef. Decret ausdrücklich als Beginn der Geltung bezeichnet.

[6]) Die weitere Eintheilung der ersten drei Bücher bei Go. a. a. O.

[7]) Vgl. z. B. Cod. 18—23 mit Allg.L.R. II 8 §§ 488—496. — Außer den im Text genannten Quellen sind namentlich die 1812—1819 in sieben Theilen erschienenen Principios de direito mercantil von José da Silva Lisboa benutzt.

[8]) Thöl S. 25: „Durch Vollständigkeit, Umsicht und Schärfe alle früheren H.G.B. übertreffend." Jedenfalls ist er nächst dem russischen das umfangreichste aller H.G.Bücher und übertrifft in dieser Hinsicht selbst das Handelsrecht des Allg. L.R.'s trotz der größeren Paragraphenzahl des letzteren. — Als Beleg für seinen lehrhaften Charakter vgl. u. A. Buch 3 Tit. 1: „Von Handelsklagen im Allgemeinen." — Ueber die spätere portugiesische Handelsgesetzgebung Go. I S. 242 ff. — Ausgaben: ebdas. Anm. 19.

Digitized by Google

3. Königreich Italien. Bis zur Gründung des Königreichs Italien galten in den italienischen Staaten theils französisches, theils deutsches Handelsrecht, theils eigene, zum größten Theil aus dem code de commerce geschöpfte Handelsgesetzbücher.[9]) Seit dem 1. Januar 1866 ist der am 28. Juni 1865 publicirte codice di commercio del regno d'Italia in Kraft getreten, der aus vier Büchern und 923 Artikeln bestehend,[10]) sich fast ganz an das frühere sardinische Handelsgesetzbuch (codice Albertino) anschließt, welches letztere wiederum wesentlich eine Reproduction des code de commerce ist.[11]) Seit 1869 wird an einer Revision gearbeitet; ein aus derselben hervorgegangener Entwurf ist im Jahr 1877 dem italienischen Senat vorgelegt und mit umfänglichen Motiven im folgenden Jahr veröffentlicht worden.[12])

4. Königreich der Niederlande:[13]) Wetboek van Koophandel, zuerst in einzelnen Büchern, dann als Ganzes durch Verordnung vom 10. April 1838 publicirt, in Kraft getreten am 1. October 1838; in Limburg seit dem 1. Januar 1842 gel-

[9]) In Betreff des Rechtszustandes in Italien vor dem neuen H.G.B. Go. I S. 245; Vidari I No. 55. Eigne aber dem Inhalt nach größten Theils dem Code de comm. entlehnte H.G.Bücher galten im Königreich Sicilien (1819), im Kirchenstaat (1821), in Sardinien (1842) und in Modena (1851).

[10]) Bucheintheilung im Ganzen wie im Code de comm.: Handel im Allgemeinen; Seehandel; Fallimente und Bankerotte; Competenz und Personalarrest in Handelssachen. — Das erste Buch enthält neun Titel: Kaufleute; Handelsbücher; Börsen, Wechselagenten und Sensale; Commissionäre (darin auch Spedition und Frachtgeschäft); Handelsgeschäfte im Allgemeinen; Kauf; Handelsgesellschaften; Pfand-, Wechsel-, Ordrepapiere und die auf diese bezügliche Verjährung.

[11]) Specielle Auskunft über die Aenderungen, die der Codice Albertino in dem italienischen H.G.B. erfahren hat, in dem diesem vorangeschickten Bericht des Großsiegelbewahrers Vacca, vgl. auch Vidari I No. 56 ff. — In der römischen Provinz, in Venetien und einem Theil der Provinz Mantua gilt dasselbe erst seit dem 1. April (1. September 1871), in Venetien und Mantua mit Ausschluß des Wechselrechts (hier ist eine ital. Uebersetzung der deutschen W.O. in Kraft geblieben).

[12]) Dieses neueste Project ist vom Justizminister Mancini nach den Vorschlägen einer am 6. Oktober 1876 eingesetzten Commission ausgearbeitet und von ihm in Gemeinschaft mit dem Handelsminister Majorana Calatabiano am 18. Juni 1877 dem Senat vorgelegt. Eine Besprechung desselben in Vergleich mit dem früheren Entwurf (Progetto preliminare 1873) hat begonnen Supino im Arch. giur. 22 p. 40. — Die Einzelgesetzgebung von 1866 bis 1872 bei Go. S. 242; dazu Z. 20, 120; 21, 158; 22, 193 (Schutz des Urheberrechts gegen öffentliche Darstellung Ges. v. 10. Aug. 1875); Beil. zu Z. 23 S. 203. —

[13]) Go. I S. 234; de Wal I S. 4 ff.

Digitized by Google

tend.[14]) Besteht aus 923 Artikeln in drei Büchern, die den ersten drei Büchern des code de comm. entsprechen; ein dem vierten Buch des letzteren entsprechendes fehlt hier, weil es in Holland seit 1817 keine Handelsgerichte mehr giebt. Das Gesetzbuch lehnt sich nicht nur in der Anordnung, sondern auch in seinem Inhalt stark an das französische Vorbild an.[15])

5. Belgien.[16]) Bereits die Constitution von 1831 (Art. 139) verhieß eine Revision der Gesetzgebung über Fallissement und sursis sowie der französischen Codes überhaupt. Anlangend den code de commerce ist bisher a) an Stelle des dritten Buches ein Gesetz vom 18. April 1851 getreten; b) die Revision des ersten Buches, seit 1855 in Angriff genommen, ist durch sechs, während der Jahre 1867 bis 1874 publicirte Gesetze zum Abschluß gebracht und hat für das gesammte erste Buch mit Ausnahme der vorläufig noch in Kraft gebliebenen Abschn. 2 und 3 des sechsten Titels einen neuen Text hergestellt. Derselbe enthält wesentliche Verbesserungen des französischen Rechts, gewährt namentlich dem Verkehr vielfach freieren Spielraum als dieses.[17]) c) Außerdem sind die beiden ersten Titel des vierten Buches durch das Gerichtsverfassungsgesetz vom 18. Juni

---

[14]) Ein bereits 1826 vollendeter, am 5. Juli 1830 publicirter Entwurf hat nicht Gesetzeskraft erlangt. Eine Uebersetzung desselben Schumacher H.G.B. für das Königreich d. Niederlande. Altona 1827.

[15]) Das erste Buch enthält zehn Titel, die in folgenden Beziehungen von der Eintheilung des Code de comm. abweichen. Es fehlen Co. Tit. 4 und 7 (Gütertrennung und Kauf); der Titel 8 des Co., Wechsel und Orderbillets, ist im niederl. H.G.B. in zwei Titel geschieden, bildet hier also Tit. 6 und 7, darauf folgt ein Titel: von Reclame oder Zurückforderung in Handelssachen und zwei Titel Versicherungsrecht (Versicherungen im Allgemeinen; Versicherung gegen Feuersgefahr, Erndte- und Lebensversicherung). — Uebersetzung: Schumacher Holländ. H.G.B. von 1838. Hamburg 1846; eine durchgängige Vergleichung desselben mit dem deutschen H.G.B., wobei aber das letztere die Grundlage bildet, liefert Levy het algemeene duitsche handelswetb. vergeleken met het nederl. wetboek van koophandel. 1862 ff. — Die spätere niederl. Handelsgesetzgebung Go. I S. 236, dazu Z. 20. 123; 21. 179; 22. 199; Beil. zu Z. 23. S. 199.

[16]) Sachs, die Revision des Handelsrechts in Belgien. Beil. zu Z. 21; Namur I. p. 13 ss.

[17]) Das erste Buch des Code de comm. belge revisé besteht aus eilf Titeln: Kaufleute; Eheverträge unter Kaufleuten; Handelsbücher; Beweis von Handelsverbindlichkeiten; Börsen, Wechselagenten und Mäkler; Pfand; Commission; Wechsel und Orderbillet; Handelsgesellschaften; Versicherungen im Allgemeinen; besondere Arten der Binnenversicherung. — Neuere belgische Handelsgesetzgebung Z. 22. 189 ff., Beil. zu Z. 23. 172, 184.

Digitized by Google

1869 (Buch I Kap. 3) und durch das Gesetz betr. die Zuständigkeit der Civilgerichtshöfe vom 25. März 1876 (Art. 12—16) abgeändert.

6. Die im Königreich Griechenland (1835), der Türkei (1850, Anhang von 1860); Rumänien (1840 für die Wallachei ergangen, 1863 auf ganz Rumänien ausgedehnt) und Serbien (1860) geltenden Handelsgesetzbücher sind mit geringfügigen Aenderungen dem code de commerce entnommen.[18])

7. Ungarn. Das frühere ungarische Handelsrecht war in der Gesetzgebung der Landtage 1839/40 und 1843/44 enthalten. In Folge der Ereignisse von 1848 wurde in Ungarn die österreichische Gesetzgebung eingeführt, aber schon im Jahr 1861 wiederum beseitigt, wobei mit dem gesammten ungarischen Privatrecht auch das frühere Handelsrecht wieder hergestellt wurde.[19]) Die Mangelhaftigkeit des letzteren, noch mehr aber der Umstand, daß eine Annäherung an das seit 1863 in Oesterreich zur Geltung gelangte deutsche H.G.B. sich als unabweislich herausstellte, führten, da man sich zu einer unveränderten Annahme des letzteren nicht zu entschließen vermochte, zu einer eignen, dem Inhalt nach indeß größten Theils mit dem deutschen H.G.B. übereinstimmenden Gesetzgebung. Das gegenwärtige ungarische H.G.B. beruht auf einen Entwurf von Apathy (Professor des Handels- und Wechselrechts an der Universität Pest) aus dem Jahre 1873, der einer zweimaligen Berathung durch eine hierzu eingesetzte Commission unterzogen wurde. Das Ergebniß dieser Berathungen erhielt mit wenigen Abänderungen im Mai 1875 die Zustimmung der gesetzgebenden Factoren. Das Gesetz, welches den XXXVII. Gesetzesartikel des Landtages von 1875 bildet, gilt seit dem 1. Januar 1876 in den Ländern der Stephanskrone, also auch in Kroatien, Slavonien, Siebenbürgen und der Freistadt Fiume.[20]) Es zerfällt nach zwei, allgemeine Bestimmungen enthaltenden, unseren Art. 1 und 3 entsprechenden §§, in zwei Theile; erster Theil (§ 3—257): Kaufleute und Handelsgesellschaften; zweiter Theil (§ 258—548): Handelsgeschäfte. Darauf folgen §§ 549—566: Uebergangs- und verschiedene Bestimmungen.[21]) Im Anschluß an das H.G.B. ist am 5. Juni 1876 eine Wechselordnung ergangen.[22])

---

[18]) Go. I 249, 251, 252. [19]) Go. I 193 fg.

[20]) Z. 21. 164, 421; Beil. zu Z. 23. 401.

[21]) Der erste Theil (§§ 3—257) zerfällt in eilf Titel: Kaufleute im Allgemeinen; Handelsfirmenregister; Handelsfirmen; Handelsbücher; Procuristen und Handlungsbevollmächtigte; Hülfspersonal; Handelsgesellschaften im Allgemeinen;

Digitized by Google

8. In Rußland[23]) gilt eine im eilften Bande des russischen Reichscodex (Sswod sakónow) enthaltene Handelsordnung von 2589! auf fünf Bücher vertheilten Artikeln; erstes Buch: vom Recht zum Handel; zweites Buch: Handelsverpflichtungen, darin auch das Wechselrecht; drittes Buch: Schiffahrtsrecht; viertes Buch: Gerichtsverfahren in Handelssachen, darin das kaufmännische Concursrecht; fünftes Buch: von den Handelsinstitutionen, enthält u. A. die Lehren von den Börsen, Mäklern, Handelsbüchern. — Der russische Gesetzcodex ist am 1. Januar 1835 in Kraft getreten, in den Jahren 1842 und 1857 sind revidirte amtliche Ausgaben desselben erschienen, die letztere enthält den gegenwärtig maßgebenden officiellen Text.[24]) — Im Königreich Polen gilt, wie oben erwähnt, noch jetzt der code de commerce; — in den russischen Ostseeprovinzen geht das Provinzial- und Statutarrecht dem russischen Recht vor.

II. Nicht codificirt ist das Handelsrecht in folgenden Staaten Europa's:

1. England.[25]) Das Handelsrecht beruht hier, wie das englische Recht überhaupt, theils auf ungeschriebenem Recht, theils auf dem in den Parlamentsstatuten enthaltenen Recht (statute law). Das in Handelssachen anwendbare ungeschriebene Recht heißt, namentlich bei älteren Schriftstellern, lex mercatoria, law merchant, custom of the merchants.[26]) Dasselbe steht in einem gewissen Gegensatz zu

---

Collectivgesellschaft; Commanditgesellschaft; Actiengesellschaft; Genossenschaften. — Der zweite Theil: Handelsgeschäfte (§§ 258—548) besteht aus neun Titeln: Handelsgeschäfte im Allgemeinen; Kauf; Commissionsgeschäfte; Speditionsgeschäft; Frachtgeschäft; öffentliche Lagerhäuser; Versicherungsgeschäft; Verlagsgeschäft; Mäklergeschäft. Hierauf §§ 549—566: Uebergangs- und verschiedenartige Bestimmungen. — Deutsche Uebersetzung von Herich, v. Szvetenay und Steinacker. Budapest 1875. — Weitere auf das H.R. bezügliche Gesetzgebung Beil. zu Z. 23. 90 ff.

[22]) Z. 22. 204; Beil. zu Z. 23. 102. [23]) Go. I. § 28. — Beil. zu Z. 23. 204.

[24]) Deutsche Uebersetzung der Ausg. von 1842: v. Schultz, das H.G.B. des Russischen Reichs. Riga und Leipzig 1851.

[25]) Go. I § 30; Introduction zu Smith mercantile law. — Von den auswärtigen europäischen Besitzungen Englands hat Helgoland das früher daselbst geltende schleswigsche Recht beibehalten, in Malta gilt eine eigene Handelsordnung vom 2. October 1857, in Gibraltar gilt englisches Recht, Go. I S. 270, 240; Borchardt, Wechselgesetze I S. 247. Ueber die englischen Colonien außerhalb Europa's am Schluß dieses Paragraphen.

[26]) Malynes consuetudo vel lex mercatoria or the ancient law merchant, zuerst London 1636 (hier ist eine Ausgabe von 1686 benutzt), bes.

Digitized by Google

dem ungeschriebenen gemeinen Recht (common law)[27]), einerseits wegen des Hervortretens der Handelsgebräuche, andererseits weil die englischen Juristen im Handelsrecht in weit höherem Maß als auf anderen Gebieten die Satzungen des fremden, insbesondere des römischen Rechts berücksichtigen und daher auch auf fremde Autoritäten Bezug nehmen.[27a]) Die sehr zahlreichen Bestimmungen des statute law sind, wie dies auch auf anderen Gebieten geschehen ist, in Bezug auf einzelne Materien durch s. g. consolidation acts zusammengefaßt worden;[28]) dagegen liegt eine umfassende Codification des Handelsrechts außerhalb der Tendenz der englischen Rechtsbildung.[29]) — Das englische Recht gilt zum größten Theil auch in Irland, während in Schottland sich ein eignes, wesentlich auf römischer Grundlage beruhendes Specialrecht entwickelt hat. Für die Colonien gelten zum Theil Specialgesetze.[29a])

2. Die skandinavischen Staaten.[30]) Hier sind bisher nur das See- und Wechselrecht sowie das kaufmännische Concursrecht in umfassender Weise, aber nicht durch eine gemeinsame Gesetzgebung geregelt; für das eigentliche Handelsrecht besteht nur eine Reihe von Einzelgesetzen. Neuerdings haben die nordischen Juristen-

P. III ch. 17; zu vergl. auch die Schrift The jurisdiction of the Admiralty of England asserted, dem der K. Bibl. zu Berlin gehörigen Exemplar von Malynes angebunden. Merkwürdig ist das Mißverständniß von Höchster und Sacré I p. 14, die die lex mercatoria als einen recueil des usages du commerce et des précédents judiciaires bezeichnen. Beruht dieses Mißverständniß etwa auf der von Go. a. a. O. S. 266[1] mitgetheilten Aeußerung von Stephen („lex m. or general body of European usages in matters relative to comm.")?

[27]) In neuerer Zeit tritt dieser Gegensatz nicht mehr so stark hervor, Stephen a. a. O. [27a]) Oben S. 13 Anm. 3.

[28]) Dahin gehören z. B. die joint stock companies consolidation act 25 & 26 Vict. ch. 89 (7. August 1862); die bankruptcy act 32 & 33 Vict. ch. 71 (9. August 1869); die merchant shipping act 17 & 18 Vict. ch. 104 (10. August 1854). — Die Consolidirung hat aber nie lange vorgehalten, zu all diesen Gesetzen sind sehr bald zahlreiche Nachträge hinzugekommen. — Eine Uebersicht über die englische Handelsgesetzgebung bei Go. I S. 268 ff., dazu Z. 20, 98; 21, 135; 22, 157; Beil. zu Z. 23, 152.

[29]) Oben S. 12 Anm. 2. The codification of the law of real property is not worth seeking for (weil das Recht dadurch doch nicht vereinfacht werden würde); but the codification of the mercantile law would be a national evil. Smith p. 14. [29a]) Unten S. 39.

[30]) Go. I § 29; dazu die Mittheilungen von Aubert und Hammarskjöld Z. 18, 479; Aubert ebdas. 21, 173 und Beil. zu Z. 23, 213; Maurer, Krit. Vierteljschr. 19, 275.

Digitized by Google

congresse dem Verlangen nach einer einheitlichen Handelsgesetzgebung für die drei Reiche Ausdruck gegeben; die in Folge dessen von den Regierungen eingesetzten Commissionen haben bisher zu dem Entwurf einer gemeinsamen Wechselordnung geführt. Unabhängig hiervon ist bereits die Gesetzgebung in Bezug auf das Urheberrecht an Schriftwerken und Werken der bildenden Künste im Wesentlichen übereinstimmend gestaltet.

3. Die Schweiz. a) Von den einzelnen Cantonen[31]) besitzt nur Freiburg ein eignes H.G.B. (1850), in Genf und dem französischen Theil des Cantons Bern gilt der Code de commerce, der indeß, namentlich in Genf, durch die neuere Gesetzgebung stark modificirt ist. In der Mehrzahl der übrigen Cantone erstrecken sich die dort geltenden Civilgesetzbücher auch auf handelsrechtliche Materien; die kleine Zahl derer, in denen weder das Civilrecht noch das Handelsrecht codificirt ist, behilft sich mit ungeschriebenem Recht und Einzelgesetzen. b) Neben der Cantonalgesetzgebung ist seit längerer Zeit eine gemeinsame eidgenössische Handels- und Wechselgesetzgebung angebahnt worden. Nach der früheren Bundesverfassung war eine solche nur auf dem Wege freier Vereinbarung (durch s. g. Concordate) zu erreichen; die dahin abzielenden Projecte sind indeß sämmtlich erfolglos geblieben.[32]) Den Boden für eine Bundesgesetzgebung auf diesem Gebiet hat erst die revidirte Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 geschaffen, deren Art. 64 dem Bund die Gesetzgebung „über die persönliche Handlungsfähigkeit, über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts), über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, über das Beitreibungsverfahren und das Concursrecht“ einräumt. Auf Grund dieser Bestimmung ist neben verschiedenen Einzelgesetzen[33]) als das Ergeb-

[31]) Ueber die schweizerische Handelsrechtsentwicklung überhaupt, Fick in Z. 3 S. 1 ff., und in den Beilageheften zu Z. 6 u. 19; ferner Go. I § 25; Z. 9. 633; Beil. zu Z. 23, 108 ff. — Uebersicht über die Cantonalgesetzgebung Go. I S. 225 ff. und danach Thöl I S. 21; Beil. zu Z. 23, 131 ff.

[32]) Zu Stande gekommen sind nach Go. I S. 222 nur ein Concordat über Viehhauptmängel vom 5. August 1862 und über den Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums v. 3. Dec. 1856, auch diese nicht von allen Cantonen angenommen.

[33]) Schon nach der früheren Bundesverfassung galt die Regelung des Transportwesens als zur Competenz des Bundes gehörig (Fick, Beil. zu Z. 19. 31); daher Ges. über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen v. 23. Dezember 1872 (a. a. O. S. 33). Neuerdings Ges. über Verpfändung und Zwangsliquidation der

Digitized by Google

niß mannigfacher Vorarbeiten[34]) und commissarischer Berathungen im Jahr 1876 der Entwurf eines „schweizerischen Obligationenrechts mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts“ veröffentlicht worden,[35]) der neuerdings weiteren Revisionen unterzogen ist.

B. **Außereuropäisches Handelsrecht.** 1) Im außereuropäischen Rußland gilt die russische; in der asiatischen Türkei und in Egypten die türkische Handelsgesetzgebung, in letztgedachtem Lande sind Entwürfe zu einem code de commerce und einem code de commerce maritime ausgearbeitet, haben aber nach den vorliegenden Mittheilungen bisher noch nicht Gesetzeskraft erlangt.[36]) — 2) In den französischen, spanischen, portugiesischen und dänischen Colonien gilt das Recht des Mutterlandes; desgleichen ist, mit Modificationen, in den ost- und westindischen Besitzungen der Niederlande das wetboek van koophandel publicirt.[37]) — 3) Sehr mannigfaltig ist der Rechtszustand in den großbritannischen Besitzungen.[38]) Es gilt theils das englische, aber in der Regel durch besondere Statuten stark modificirte Recht; theils ist das frühere Recht in Kraft geblieben. Für Niedercanada besteht seit 1866 ein auch das Handelsrecht umfassendes bürgerliches Gesetzbuch; ebenso enthalten dieses die consolidirten Statuten von Obercanada (1859). — 4) In den Staaten der nordamerikanischen Union gilt als gemeines Recht das durch die nordamerikanische Gesetzgebung und Jurisprudenz fortentwickelte, aber auch erheblich modificirte englische common law sowie das frühere englische Statutarrecht. Die Gesetzgebung ist zum größten

---

Eisenb. v. 24. Juni 1874 (Z. 21. 426); Ges. betr. den Transport auf Eisenbahnen v. 20. März 1875 (ebd. S. 183); Ges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen v. 1. Juli 1875 (ebdas. S. 205); Ges. betr. die Arbeit in den Fabriken v. 23. März 1877 (Beil. zu Z. 23. 130).

[34]) Die früheren Entwürfe rühren von Professor Munzinger in Bern her; nach dessen Tode (28. April 1873) ist Professor Fick in Zürich mit dem Redactionsgeschäft betraut worden. Näheres Fick, Beil. zu Z. 19 S. 21.

[35]) Zur Kritik Goldschmidt, Beil. zu Z. 23. 131 ff.

[36]) Go. I S. 256 ff.; Berggrün in Grünhut's Zeitschr. 2 S. 392 (1875). — Die Konsulargerichte sind gegenwärtig in Egypten für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nur competent, wenn beide Parteien Angehörige oder Schutzgenossen des deutschen Reiches sind oder wenn der Rechtsstreit eine in Egypten belegene unbewegliche Sache oder das Recht auf eine solche betrifft, Reichsges. v. 30. März 1874; Verordn. vom 23. December 1875.

[37]) Borchardt, Wechselgesetze I S. 143, 553, 348, 73, 280; Go. I S. 213, 239, 241, 261, 235.

[38]) Borchardt, Wechselgesetze I S. 225 ff. und danach Go. I S. 271 ff.

Digitized by Google

Theil Staatengesetzgebung; in mehreren Staaten sind Codificationen zu Stande gekommen. In der Gesetzgebung der von Frankreich colonisirten Staaten macht sich noch immer der Einfluß des französischen Rechts bemerklich.[39]) — 5) Die große Zahl der mittel- und südamerikanischen Staatenbildungen hat eine beinah ebenso große Zahl von Handelsgesetzbüchern hervorgerufen.[40]) Im Allgemeinen ist der Stand der Gesetzgebung hier folgender: a. In Paraguay gelten noch die Ordenanzas da Bilbao.[40a]) b. Der code de commerce gilt in S. Domingo (seit 1844); Haiti besitzt ein eignes, aber wesentlich aus dem code de commerce entnommenes H.G.B. in französischer Sprache (1826). c. Das spanische H.G.B. gilt in Ecuador. d. An das spanische sich anschließende H.G.Bücher bestehen in Bolivia (1834), Costa Rica (1850), Peru (1853), Columbia (Neugranada — 1853), Mexico (1854), Salvador (1855), La Plata Staaten (1859), Venezuela (1862), Uruguay (Montevideo — 1865), Nicaragua (1869). e. Einen selbständigeren Charakter hat das auf der Grundlage des portugiesischen beruhende brasilianische H.G.B. vom 25. Juni 1850 und das H.G.B. für die Republik Chile vom 23. November 1865, nach Goldschmidt eines der durchdachtesten und anregendsten Gesetzbücher.[41])

§. 11.*)

Das deutsche Handelsgesetzbuch.

1. Entstehungsgeschichte.

Das Verlangen nach einer einheitlichen deutschen Gesetzgebung für das Handels- und Wechselrecht regte sich gleich den weiter gehen-

[39]) Näheres Borchardt a. a. O. S. 336; Go. I § 31. — Angloamerikanisches Recht gilt auch auf den Sandwichs-Inseln und in der Republik Liberia, Borchardt I S. 278, 316.

[40]) Die folgenden Angaben nach Go. I § 32, vgl. auch Borchardt an den betreffenden Stellen des ersten Bandes.

[40a]) In Guatemala und Honduras, bei Go. S. 280 ebenfalls noch als Geltungsgebiet der Ordenanzas angeführt, sollen dieselben neuerdings beseitigt sein, Z. 23. 314. Was ist an ihre Stelle getreten?

[41]) Sämmtliche zu d. und e. genannten Gesetzbücher sind in spanischer Sprache abgefaßt, mit Ausnahme des portugiesisch geschriebenen brasilianischen H.G.B.'s. Der erste Theil des letzteren ist in deutscher Uebersetzung erschienen: Borchardt und Stolp, das brasilianische Handelsrecht .... Berlin 1856. — Weitere chilenische und brasilianische Handelsgesetzgebung (Markenschutz) Z. 21, 181; 22, 217.

*) Zur folgenden Darstellung vgl. Go. I §§ 10—15; Thöl I §§ 18 ff. und für die Zeit von 1856 an v. Hahn, Einl. zu Band I.

Digitized by Google

den, auf die Einheit des bürgerlichen Rechts überhaupt gerichteten Bestrebungen bald nach den Freiheitskriegen. In den süddeutschen Kammern, die zunächst das einzige Organ zur Vertretung derartiger Wünsche waren, wurden wiederholt Anträge auf Bearbeitung eines deutschen H.G.Buchs gestellt. Eine reelle Grundlage zur Verfolgung dieses Zieles schien sich in dem 1833 gegründeten Zollverein darzubieten. Bereits auf der ersten Generalconferenz der Zollvereinsstaaten (1836) wurde von dem Württembergischen Abgeordneten eine Vereinbarung über die Hauptgesichtspunkte beantragt, von denen die Handelsgesetzgebung der einzelnen Staaten auszugehen hätte. Dieser Antrag blieb freilich noch ohne Erfolg; man hielt die Verschiedenheiten der Particularrechte für zu groß, um auch nur in Betreff einzelner Punkte zu einer Einigung zu gelangen. Selbst auf das Wechselrecht sich beschränkende Vorschläge wurden abgelehnt (1838).[1]) Das Bedürfniß des Verkehrs nach einem einheitlichen Recht ließ sich indeß nicht abweisen, machte sich vielmehr immer entschiedener geltend; dazu kam, daß die in mehreren dem Zollverein angehörigen Staaten: Preußen, Württemberg, Nassau hergestellten Entwürfe von Handels- und Wechselgesetzen die Grundlosigkeit jener Befürchtungen darthaten.[2]) Gleichwohl wurde erst zehn Jahre nach der ersten Anregung auf der achten Vereinsconferenz zu Berlin (am 17. August 1846), und zwar abermals auf Antrag des Württembergischen Abgeordneten, die Zusammenberufung einer Commission behufs der Berathung eines gemeinsamen Wechselrechts beschlossen. Aus den Berathungen dieser Commission, die am 20. October 1847 zu Leipzig zusammentrat, ging der „Entwurf einer Deutschen Wechselordnung" hervor, der auf Grund eines Beschlusses der Deutschen Nationalversammlung vom damaligen Reichsverweser am 26. November 1848 als Deutsches Reichsgesetz verkündet wurde.[3]) In Ver-

---

[1]) Go. I S. 64, 65.

[2]) Von Bedeutung ist unter diesen Entwürfen namentlich der Württembergische (Verfasser Obertribunalrath v. Hofacker), in zwei Bänden mit Motiven veröffentlicht Stuttg. 1849, 50. Derselbe ist auch in dem Preußischen Entwurf von 1857 zu Rathe gezogen, namentlich aber in dem Nassauischen Entwurf (1842) stark benutzt. Die Preußischen Entwürfe aus jener Zeit hängen mit der damals schwebenden allgemeinen Gesetzesrevision zusammen, stehen aber, abgesehen von dem Wechselrecht, mit den späteren Arbeiten nicht in Continuität.

[3]) Die genauere Darstellung der Entstehung und Reception der Deutschen Wechselordnung gehört in das Wechselrecht. Hier ist dieselbe nur zu erwähnen, sofern sie das Zustandekommen des H.G.B.'s gefördert hat.

Digitized by Google

bindung hiermit setzte, ebenfalls im November 1848, der Reichsjustizminister R. v. Mohl eine Commission zur Abfassung eines Entwurfs für ein gemeinsames Handelsrecht ein, die in Frankfurt vom 2. December 1848 bis zum März 1849 thätig war.[4]) Das Ergebniß ihrer Arbeiten war der „Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Deutschland. Erste Abtheilung",[5]) der indeß in Folge der bald darauf eingetretenen politischen Wendung liegen blieb.

Nach Verlauf von fünf Jahren war es zum dritten Mal der Württembergische Abgeordnete zur Zollvereinsconferenz, der an die ins Stocken gerathene Angelegenheit mahnte (20. Februar 1854).[6]) Auch diesmal ohne unmittelbares Resultat, indeß erklärten doch alle Theilnehmer an der Conferenz die Bereitwilligkeit ihrer Regierungen, zu einer gemeinsamen Handelsgesetzgebung mitzuwirken. Die Forderung war somit jetzt, wenigstens im Princip, allgemein als berechtigt anerkannt. Praktischen Erfolg hatte aber erst ein zwei Jahr später (am 21. Februar 1856) von Baiern bei der Deutschen Bundesversammlung gestellter Antrag auf Einsetzung einer Commission „zur Entwerfung und Vorlage eines allgemeinen H.G.B.'s für die Deutschen Bundesstaaten". Diesem in der Sitzung vom 17. April 1856 zur Abstimmung gebrachten Antrag stimmten sämmtliche Mitglieder der Bundesversammlung mit Ausnahme von Holstein, Lauenburg und Limburg zu. Die Einberufung der Com-

[4]) Vgl. das Vorwort zu dem Entwurf. Mitglieder der Commission waren außer dem Leiter derselben, dem Unterstaatssecretair im Reichsjustizministerium Widenmann, die damaligen Apellräthe in Cöln: Broicher und Grimm und Thöl, damals Professor in Rostock.

[5]) Im Buchhandel erschienen Frankfurt a. M. 1849. Der Entwurf besteht aus 197 Artikeln, die in fünf Titel zerfallen: Von den Kaufleuten und Handelsgeschäften; von der Form der Verträge und von den Beweismitteln in Handelssachen überhaupt und von den Handelsbüchern insbesondere; von Handelsgesellschaften; von den Börsen und Mäklern; von dem Commissionair, dem Spediteur und dem Frachtführer. — Die Artikel werden in den einzelnen Titeln besonders gezählt, jedem Titel sind Motive beigefügt. Der Entwurf berücksichtigt zwar in erster Linie und bisweilen vielleicht in zu hohem Maß das französische Recht, daneben aber doch auch die deutsche Praxis und er ist, wenngleich unvollendet, eine wichtige, namentlich in den späteren Entwürfen vielfach berücksichtigte Vorarbeit für das deutsche H.G.B. geworden. Die absprechende Kritik von Brinckmann im Arch. für civil. Pr. Bd. 32 S. 356 ff., Bd. 33 S. 67, Bd. 34 S. 151 ff. ist nur mit Einschränkungen zutreffend; vgl. auch Thöl I § 18 Anm. 3.

[6]) Go. I § 13a.

Digitized by Google

mission wurde vorläufig noch suspendirt, aus Rücksicht auf Preußen, welches seit längerer Zeit einen Handelsgesetzentwurf vorbereitet, aber damals noch nicht vollständig zum Abschluß gebracht hatte. Nach Vollendung desselben wurde in der Sitzung vom 18. Dezember 1856[7]) die Berufung auf den 15. Januar 1857 nach Nürnberg beschlossen. Dabei wurde es zugleich als Aufgabe der Commission bezeichnet, „unter angemessener Benutzung des vorhandenen Materials und der ihr mitgetheilten Vorarbeiten einen vollständigen Gesetzentwurf aufzustellen", der sodann der Bundesversammlung zur Mittheilung an die Regierungen vorgelegt werden sollte. Die Ernennung der Mitglieder, und zwar in beliebiger Zahl, war den einzelnen Bundesstaaten anheimgegeben. In Bezug auf die Geschäftsbehandlung war bestimmt, daß bei Abstimmungen einfache Majorität entscheiden, hierbei aber sowohl den durch mehrere Abgeordnete wie mehreren durch einen Abgeordneten vertretenen Staaten nur eine Stimme zustehen sollte; im Uebrigen war der Commission selbst die Festsetzung ihrer Geschäftsordnung überlassen.

Diesem Beschluß gemäß wurden an dem festgesetzten Tage die Sitzungen der von dem größten Theil der deutschen Regierungen beschickten[8]) Commission durch den Baierischen Justizminister v. Rin=

[7]) Den Wortlaut des Bundesbeschlusses bei Go. I S. 90 f.

[8]) Die Zahl der vertretenen Regierungen und der von ihnen geführten Stimmen hat geschwankt. Während der beiden ersten Lesungen des Handelsrechts waren 21 Staaten durch 17 Stimmen vertreten: Oesterreich, Preußen, Baiern, Sachsen, Hannover, Würtemberg, Kurhessen, Großherzogthum Hessen, Braunschweig, Mecklenburg=Schwerin, Nassau, Oldenburg, Lübeck, Frankfurt a. M., Bremen, Hamburg und durch einen gemeinsamen Vertreter: Sachsen=Weimar, Meiningen, Altenburg, Coburg=Gotha und Dessau=Cöthen. — Bei der dritten Lesung reducirte sich die Zahl der Stimmen auf vierzehn dadurch, daß Braunschweig, dessen Vertreter in hamburgische Dienste übergegangen war, und Frankfurt a. M. ganz wegfielen, und daß Nassau den baierischen Abgeordneten mit seiner Vertretung beauftragte. — An den Berathungen über das Seerecht nahmen nicht Theil: Sachsen, Baden, die beiden Hessen, Nassau, Frankfurt a. M.; Württemberg nur an einem Theil der ersten Lesung. Dagegen kam während beider Lesungen Oldenburg hinzu, welches beim Handelsrecht unvertreten war. Die Stimmenzahl betrug demnach hier im Maximum zwölf. — Die Namen der einzelnen Mitglieder, die ebenfalls im Lauf der Berathungen mehrfach gewechselt haben, bei Go. § 14 Anm. 2; Thöl § 6 Anm. 1; am genauesten bei v. Hahn S. XLII ff. Unter den Vertretern befanden sich drei theoretische Juristen: Thöl (Göttingen), v. Gerber (Tübingen), v. Hahn (Jena); von bedeutenderen Praktikern, die an den Berathungen Theil genommen haben (im Ganzen 27), sind zu nennen: v. Raule und Schindler (Oesterreich), Bischoff, Heimsöth, Pape (Preußen),

Digitized by Google

gelmann zu Nürnberg eröffnet. Diesem wurde auch von der Versammlung das Amt des ersten Präsidenten übertragen, während zum zweiten Vorsitzenden der österreichische Abgeordnete Ritter v. Raule (Präsident des Wiener Handelsgerichts) erwählt wurde.[9]) Derselbe hat während der ganzen Dauer der Berathungen mit verhältnißmäßig wenigen Ausnahmen das Präsidium geführt; nur in 30 Sitzungen fungirte der erste Vorsitzende.[10]) — Als Vorlagen für die Berathungen wurden der Commission 1) der Entwurf eines Oesterreichischen Handelsrechts in doppelter Redaction[11]) und 2) der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten mitgetheilt.[12])

Seuffert (Baiern), Tauchnitz (Sachsen), Leonhardt (Hannover), Trieps (Braunschweig, dann Hamburg), Asher (Lübeck), Heineken (Bremen), Trummer, Versmann (Hamburg). Außerdem gehörte eine große Zahl von Kaufleuten und Nautikern (successiv 22) zu ihren Mitgliedern.

[9]) Erste und zweite vorbereitende Sitzung, Prot. S. 2 und 6. Beim Beginn der dritten Lesung, in der 548. Sitzung übertrug die Versammlung das Ehrenpräsidium dem inzwischen an die Stelle v. Ringelmann's getretenen Justizminister v. Mulzer, der dasselbe aber nur in dieser einen Sitzung geführt hat und außerdem nur noch in der Schlußsitzung, aber nicht in der Function als Vorsitzender anwesend war. Prot. 4406, 5149.

[10]) In den beiden vorberathenden Sitzungen bei Eröffnung der Commissionsberathungen, der 26. bis 33. und 69. bis 77. Sitzung während der ersten, der 99. bis 102., 147. bis 150. und 173. bis 176. Sitzung während der zweiten und der 548. Sitzung (theilweise) von der dritten Lesung. — Die 172. Sitzung leitete, wegen Unwohlseins des Ritters v. Raule, der zweite österr. Bevollmächtigte Dr. Schindler.

[11]) Der sog. ministerielle (gedruckte) Entwurf aus dem Jahr 1853 und der auf der Grundlage desselben von einem Comité des Reichsraths umgearbeitete sog. revidirte (lithographirte) Entwurf von 1857, Prot. S. 3 und S. 162 Anm. Der letztere zerfällt in eilf Hauptstücke und 218 Paragraphen. Von den dem H.R. unterworfenen Personen. Von der Protokollirung (Matriculirung) der Handelsleute und ihren Folgen. Von den Rechten und Pflichten der Handelsleute überhaupt. Von den Handlungsbüchern. Von den Handelsgesellschaften. Von den Handlungsbediensteten. Von Commissionären. Von Spediteuren. Von Frächtern. Von Sensalen (Mäklern). Von der Handhabung der Vorschriften dieses Gesetzes. — In dem ministeriellen Entw. (212 Paragraphen) fehlt das letzte Hauptstück. — Beide Entwürfe bei Lutz, Beilageband I zu den Prot. S. 107—140 (Min.Entw.) und S. 69—106 (Rev.Entw.). — Zu denselben kam noch bei dem Beginn der Berathungen über das Seerecht der bereits 1878 vollendete Entwurf des österreichischen Privatseerechts, abgedr. bei Lutz, Beilageband I S. 277—327.

[12]) In der Eröffnungssitzung konnte der Preußische Entwurf noch nicht vollständig mitgetheilt werden, Prot. S. 3 ff. Später ist derselbe auch im Buchhandel erschienen: „Entwurf eines H.G.B.'s für die Preußischen Staaten. Nebst Mo-

Digitized by Google

Sie beschloß den preußischen Entwurf zur Grundlage der Discussion zu machen und ernannte den preußischen Abgeordneten, Geheimen Ober-Justizrath und vortragenden Rath im Justizministerium Bischoff zum Referenten.[13]) Als erster Secretär und Protokollführer fun-

tiven. Erster Theil Entwurf, Zweiter Theil Motive" — Berlin 1857. Bis zum 4. Buch einschließlich, aber ohne Motive, abgedruckt bei Lutz, Beilageband I zu den Prot. S. 1—68 (bis einschließlich Buch 3 Tit. 7) und S. 328—397 (nochmals Buch 3 Tit. 6, 7 und Buch 4). Der Entwurf besteht aus 1063 Artikeln, die nach einer, unserem Art. 1 entsprechenden, allgemeinen Bestimmung in sechs Bücher geschieden sind. 1. Vom Handelsstand. 2. Von den Handelsgesellschaften. 3. Von den Handelsgeschäften. 4. Vom Seehandel. 5. Von dem kaufmännischen Konkurse. 6. Von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen. — Das erste Buch besteht aus neun Titeln, im Ganzen mit der Eintheilung unseres ersten Buches übereinstimmend, nur findet sich hinter unserm Tit. 2 noch ein Titel „von der Veröffentlichung der ehelichen Güterrechte" und vor dem letzten Titel ein Titel „von den Börsen"; unser Titel 5 lautet im Entw. „von den Factoren". — Das zweite Buch, dem jetzigen zweiten und dritten Buch entsprechend, handelt in fünf Titeln: von den Handelsgesellschaften im Allgemeinen, von der offenen Handelsgesellschaft, von der stillen Handelsgesellschaft, von Aktiengesellschaften, von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. — Das dritte Buch zerfällt in sieben Titel, von denen die ersten fünf den fünf Titeln unseres vierten Buches entsprechen; dazu kommen Tit. 6 „von der Versicherung", Tit. 7 „von einzelnen Arten der Versicherung". — Die zwölf Titel des vierten Buches entsprechen der Anordnung des gegenwärtigen fünften Buches, nur geht unser Tit. 11 (Seeversicherung) im Entw. dem Tit. 10 (Schiffsgläubiger) vorauf. — Ueber die Vorgeschichte des Entwurfs Go. I S. 94 ff., über die von demselben benutzten Quellen vgl. die der amtlichen Ausgabe vorangeschickten Vorbemerkungen, auch Prot. S. 10. — Kritik von Goldschmidt in der Heidelb.. krit. Zeitschrift Bd. 4 S. 105, 289 (auch im Sep.Abdr. erschienen).

[13]) Maßgebend war dabei die vom ersten Präsidenten betonte größere Vollständigkeit des preußischen Entwurfes. v. Raule erklärte sich einverstanden „in der Erwartung, daß bei den Berathungen immer die geeignete Rücksicht auf die Bestimmungen des österreichischen Entw.'s werde genommen werden und in der Erwägung, daß beide Entwürfe in allem Wesentlichen ohnehin zusammenträfen". Die Commission beschloß demgemäß auch, dem österr. Entw., wenn auch nicht über jeden seiner Artikel abzustimmen wäre, gleichwohl fortwährend volle Beachtung zuzuwenden. Die Berathung des Pr. Entwurfs erfolgte artikelweise und begann sofort in der den beiden vorbereitenden folgenden ersten Sitzung. Der Erwägung, daß der Pr. Entw. den Mitgliedern noch nicht genügend bekannt sei und daß hierzu sowie zur Einholung gründlicher Instructionen eine längere Vertagung nothwendig sein würde, wurde keine Folge gegeben, dagegen vorbehalten, im Laufe der Debatten, auf bereits Erledigtes zurückzukommen und gefaßte Beschlüsse abermals der Besprechung zu unterziehen, Prot. 6, 8. Von diesem Vorbehalt ist wiederholt Gebrauch gemacht worden.

Digitized by Google

girte der damalige Assessor beim Kreis- und Stadtgericht Lutz in Nürnberg.[14])

Der Gang der Berathungen war folgender[15]): In 98 Sitzungen, vom 21. Januar bis zum 2. Juli 1857, berieth die Commission die ersten drei Bücher des Preußischen Entwurfs, d. h. das eigentliche Handelsrecht, in erster Lesung. Hierauf fand eine Vertagung bis zum 15. September statt,[16]) während deren die von der Versammlung eingesetzte Redactionscommission den Entwurf auf Grund der gefaßten Beschlüsse redigirte.[17]) Die zweite Lesung nahm

---

[14]) Prot. S. 3. Der jetzige bayer. Staatsminister v. Lutz. Derselbe hat während der ganzen Dauer der Commissionsberathungen die Protokolle geführt und das Secretariat geleitet, auch in Hamburg war er der Commission auf ihren ausdrücklichen Wunsch beigegeben, Prot. 873, 1459; über seine Thätigkeit von Hahn XLVI Anm. 93; die ihm zugeordneten Beamten ebdas. XLV. — Nach dem Beschluß der Versammlung in der ersten Sitzung (Prot. S. 9) sollten die Protokolle zwar in thunlichster Kürze abgefaßt, aber zugleich ein treues Bild der Discussion, „namentlich die Gründe für und wider die Entscheidung bestrittener Punkte geben; Namen einzelner Staaten oder einzelner Vertreter jedoch nur auf besonderen Wunsch in denselben genannt werden". Die Feststellung erfolgte, ebenfalls nach diesem Beschluß, in der Weise, daß zunächst den einzelnen Mitgliedern ein Abdruck des von dem Protokollausschuß revidirten Conceptes mitgetheilt wurde, die etwaige Berichtigungen binnen 48 Stunden zu beantragen hatten. Darauf Schlußredaction durch den Protokollausschuß, demnächst Genehmigung im Plenum; Prot. S. 9. Die erste Wahl des Protokollausschusses erfolgte in der 3. Sitzung, Prot. 21. Die Debatten des Plenums bei Feststellung der Protokolle sind nicht protokollirt, Thöl I § 18 Anm. 19. — Ueber die Veröffentlichung s. folg. §.

[15]) Von der Feststellung einer förmlichen Geschäftsordnung, wie sie der Commission durch den Bundesbeschluß vom 18. December 1856 anheimgegeben war, wurde Abstand genommen (Prot. S. 7). Dagegen einigte sich die Versammlung in der ersten Sitzung über 12 die Geschäftsordnung betr. Punkte. Zum großen Theil beziehen sich dieselben auf die Protokolle (vor. Anm.). Außerdem wurde festgesetzt, daß bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden entscheiden sollte und in Betreff der Redaction bestimmt, daß eine vorläufige Redaction der beschlossenen Abänderungen und Zusätze bald nach jeder Sitzung durch einen Redactionsausschuß bewirkt werden, die schließliche Redaction aber bis nach vollendeter Durchberathung vorbehalten bleiben sollte, Prot. S. 9 ff. Der Redactionsausschuß, mit den Referenten aus fünf Mitgliedern bestehend, wurde zuerst in der neunten Sitzung erwählt (Prot. S. 61), hat aber (nach Thöl S. 64) während der ersten Lesung seine vorläufigen Redactionen nicht mitgetheilt.

[16]) Vertagungsbeschluß Prot. 859, 867.

[17]) Entwurf I. Lesung den Regierungen mitgetheilt, aber nicht veröffentlicht, gegenwärtig abgedr. bei Lutz, Beilageband I S. 141—206. Dieser Entw., das letzte Werk Bischoff's, beruht zwar größten Theils auf den Beschlüssen der

Digitized by Google

78 Sitzungen in Anspruch und währte vom 15. September 1857 bis zum 3. März 1858. Sie bestand in einer abermaligen vollständigen Durchberathung des Entwurfs erster Lesung, wobei die Zerlegung des im bisherigen zweiten Buche enthaltenen Gesellschaftsrechtes in zwei Bücher erfolgte, so daß an Stelle der ersten drei nunmehr vier Bücher traten.[18]) An Stelle des am 11. Juli 1857 verstorbenen[19]) Bischoff war seit dem Beginn dieser Lesung der Geheime Ober-Justizrath und Senatspräsident des Cölner Appellhofes Heimsöth als Referent eingetreten.[20])

Zufolge eines bereits während der ersten Lesung gefaßten, von der Bundesversammlung genehmigten Beschlusses[22]) verlegte die Commission hierauf ihren Sitz nach Hamburg behufs Berathung des im vierten Buch des preußischen Entwurfs enthaltenen Seerechts. Dieselbe fand hier ebenfalls in zwei Lesungen statt. Die erste Lesung (245 Sitzungen) dauerte vom 28. April 1858 bis zum 25. October 1859; die zweite (126 Sitzungen) vom 9. Januar bis zum 22. August 1860. Das Referat führte auch hier anfänglich Heimsöth; sehr bald nach Beginn der Berathungen trat aber an seine Stelle der zweite preußische Bevollmächtigte Pape, damals Tribunalsrath in Königsberg.[23])

Commission, enthält aber doch auch einzelne von dem Redactionsausschuß ausgegangene Bestimmungen, Vorbemerkung zu dems., vgl. auch Prot. 859. — Kritik desselben von Endemann: Der Entw. eines deutschen H.G.B.'s in seinen drei ersten Büchern. Erlangen 1858.

[18]) Prot. 859 ff. Während der zweiten Lesung sollte wöchentlich eine Sitzung zur Feststellung der Protokolle und der von dem Redactionsausschuß vorläufig redigirten Beschlüsse stattfinden; über diese Sitzungen ist ebenfalls (wie in I. Les.) kein ausführliches Protokoll geführt. Die Vermehrung der Bücherzahl beruht darauf, daß Kommanditgesellschaft und stille Gesellschaft recipirt sind. Der Pr. Entw. kennt nur die erstere; in 1. Les. war sie durch die stille G. ersetzt worden.

[19]) Nekrolog im Preuß. Justizministerialblatt 1857 S. 261.

[20]) Der Entwurf II. Les., bei Lutz, Beilageband I S. 207—276 abgedr., wurde nicht nur den Regierungen mitgetheilt, sondern auch der Oeffentlichkeit übergeben. Kritiken von Schliemann, Krit. Bemerkungen z. Entw. e. allgem. D. H.G.B., Schwerin 1858; Anschütz in der Krit. Ueberschau Bd. 6 S. 238 ff.; Krit. Vierteljahrschr. Bd. 1 S. 1 ff., S. 161 ff., Bd. 2 S. 59 ff.; Dietzel im Arch. f. W.R. Bd. 7 S. 247 ff.; Goldschmidt im Beilageheft zu Z. 3.

[22]) Prot. S. 859, 868, 869; — genehmigt durch Bundesbeschluß vom 23. Juli 1857; Go. S. 100 Anm. 9.

[23]) Der nachmalige Präsident des Reichsoberhandelsgerichts und der Vorsitzende der Commission für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch. Referent seit

Digitized by Google

Während für das Seerecht der aus der zweiten Lesung hervorgegangene Entwurf den Abschluß der Commissionsberathungen bildet, war in Betreff des Handelsrechts von vorn herein noch eine „kurze“ dritte Lesung in Aussicht genommen.[24]) In Hamburg wurde beschlossen, daß dieselbe „unter Vermeidung aller Wiederholungen“ auf die seitens der Regierungen gegen den Entwurf zweiter Lesung eingegangenen Erinnerungen beschränkt werden und daß die Commission zu diesem Zweck am 29. October 1860 in Nürnberg wieder zusammentreten sollte.[25])

Die Zahl der regierungsseitig erhobenen Ausstellungen war indeß so groß, daß bei einer vollständigen Durchberathung derselben die Aussicht auf das Zustandekommen des Gesetzbuches sehr in die Ferne gerückt zu sein schien.[26])

Noch vor dem Wiederzusammentritt der Commission vereinigten sich deßhalb die Regierungen von Oesterreich, Preußen und Baiern zu dem, durch im Wesentlichen gleichlautende Circularnoten[27]) den übrigen Regierungen kundgegebenen Entschluß, einem Theil der Er-

---

der 194. Sitzung. In dieser Sitzung beurlaubte sich Heimsöth, der später nur noch vorübergehend an den Hamburger Berathungen Theil genommen hat und erst bei der dritten Lesung des Handelsrechts wieder dauernd eingetreten ist.

[24]) Sitzung vom 26. Juni 1857 (Prot. 859, 867, 868).

[25]) Sitzung vom 24. October 1859 und vom 22. August 1860 (Prot. 3691 ff., 4491).

[26]) Bereits während der Hamburger Berathungen war den Mitgliedern der Commission eine von dem Referenten des Handelsrechts, Geh. Oberjustizrath Heimsöth angefertigte „Zusammenstellung der Erinnerungen, welche von den Hohen Regierungen gegen den Entwurf der vier ersten Bücher des H.G.B.s (zweiter Lesung) erhoben worden sind“, zugegangen, in der die einzelnen Erinnerungen nach den Artikeln des Entwurfs 2. Les. in fortlaufender Zählung geordnet waren. Dieselben reichen bis zu Nr. 490. Dazu kam noch ein Nachtrag mit 15 Erinnerungen der württembergischen Regierung und eine ein badisches Monitum betreffende Berichtigung. Abgedr. als Anh. zu Bd. 9 der Prot. S. 1—86. — Eine von Go. I S. 106 erwähnte ebenfalls vom Referenten herrührende (nicht vollendete) kritische Würdigung der Erinnerungen ist nicht veröffentlicht. Gar keine Erinnerungen waren von Oesterreich, Nassau, Braunschweig, S.-Altenburg und Frankfurt a. M. gemacht. Nach Thöl, Zur Gesch. d. Entwurfs e. allg. d. H.G.B.'s, Göttingen 1861 S. 4, reducirt sich die Zahl der Erinnerungen um etwa 50 dadurch, daß Monita, die gleichförmige Redactionsänderungen in verschiedenen Artikeln nöthig machten, mehrfach gezählt sind.

[27]) Dieselben sind ebenfalls in dem Anh. zu Bd. 9 der Prot. S. 27 ff. mitgetheilt, s. auch Thöl a. a. O. S. 97 ff. und Go. I S. 107 ff. Die Noten sind vom 12., 18. und 23. October 1860 datirt.

Digitized by Google

innerungen gegenüber an dem Entwurf zweiter Lesung festzuhalten. Hinsichtlich derselben wurde das Eintreten in weitere Berathungen verweigert. Eine zweite Klasse von Erinnerungen sollte, als die Redaction betreffend, einem Fassungsausschuß überwiesen werden, so daß nur die hiernach noch verbleibenden der Berathung des Plenums anheimgegeben wurden. Dabei wurde zugleich eine das Gesellschaftsrecht betreffende Aenderung des Entwurfs nach Maßgabe einer von der preußischen Regierung gemachten Ausstellung als unumgänglich bezeichnet.[28])

Bei der Wiedereröffnung der Berathungen,[29]) die erst am 19. November 1860[30]) durch den derzeitigen baierischen Justizminister v. Mulzer erfolgte, erklärte dieser, nachdem er constatirt hatte, daß acht von den vierzehn Stimmen, welche damals auf der Conferenz geführt wurden, dem Vorschlag der Circularnoten zugestimmt hätten,[31]) „daß nunmehr in Gemäßheit derselben die Berathung der

---

[28]) Es wurden ganz ausgeschieden 251, dem Fassungsausschuß überwiesen 62, zur Berathung im Plenum verstattet 202 Erinnerungen; die als unumgänglich bezeichnete Aenderung enthält die Art. 119—121, den Art. 122 bis zu den Worten „abgesondert befriedigt", ferner Art. 169 und Art. 29 Abs. 3 des gegenwärtigen Gesetzestextes. — Vgl. das den Circularnoten beigef. Verzeichniß, abgedr. in dem Anh. zu den Prot. S. 92 ff.

[29]) Ueber die hier kurz geschilderten Vorgänge vgl. ausführlich Thöl in der Anm. 26 angef. Schrift, Goldschmidt in Z. 5 S. 203 ff. und im Handb. S. 110 ff. Die Schrift von Thöl ist ein scharfsinniges Plaidoyer. Daß der Schritt, den die drei größten Bundesstaaten in einer Uebereinstimmung, wie sie später niemals wieder vorgekommen ist, unternahmen, incorrect war und eine Vergewaltigung der Nürnberger Commission enthielt, liegt klar zu Tage, und der Rechtfertigungsversuch, den der Bundestagsbericht vom 8. Mai 1861 (Verf. v. d. Pfordten; Prot. der D. Bundesverf. 1861 S. 200) in dieser Beziehung unternimmt, ist entschieden verunglückt. Andererseits aber wird das Urtheil über die politische und sachliche Angemessenheit jenes Schrittes gegenwärtig wohl kaum noch schwanken. Eine Vereinbarung außerhalb der Commission war nach Lage der Sache nothwendig geworden. Ob dazu außer Oesterreich, Preußen und Baiern noch einzelne andere Staaten hätten herangezogen werden können (auch Hannover?), darüber läßt sich streiten; nachdem aber einmal das Abkommen getroffen war, mußte 1860 in der Sitzung vom 19. November daran festgehalten werden, und daher auch der gut gemeinte Vermittelungsantrag Badens erfolglos bleiben.

[30]) Die Vertagung war durch ein Rundschreiben des zweiten Präsidenten (v. Raule) erfolgt, weil das Referat noch nicht vollständig vorlag, Prot. 4793; Thöl S. 5.

[31]) Gegen diese Constatirung Thöl a. a. O. S. 28 ff. Seine Darstellung läßt indeß einen Punkt unaufgeklärt. Wenn die Constatirung nicht „durch Um-

Digitized by Google

nicht ausgeschiedenen Erinnerungen zu beginnen habe." Proteste und Vermittelungsanträge blieben unberücksichtigt.[32]) Unzweifelhaft entsprach dieses Verfahren, welches den Willen von Preußen, Oesterreich und Baiern zur Richtschnur der Versammlung machte, weder dem Charakter der Commission als einer von Bundeswegen einberufenen, noch stand es mit ihren früheren Beschlüssen in Einklang. Ebenso unzweifelhaft aber dürfte es sein, daß dasselbe in wirksamer Weise dazu beigetragen hat, den Abschluß des Werkes zu beschleunigen und daß eine derartige Beschleunigung sowohl aus politischen Gründen wie im Interesse der Sache wünschenswerth war.[33])

Die so abgekürzte dritte Lesung umfaßte 39 Sitzungen (vom 20. November 1860 bis zum 27. Februar 1861).[34]) In der Sitzung vom 11. März 1861 wurden die Berathungen geschlossen und zugleich der zweite Präsident (v. Raule), die beiden Referenten (Heimsöth und Pape) und der erste Secretair (Lutz) mit der Vorlage des Gesetzbuches an die Bundesversammlung beauftragt.[35])

---

frage" (Prot. 4505) erfolgt ist, wie war es dann möglich, daß diese Worte bei der Feststellung des Protokolls im Plenum (Thöl S. 30**) eingefügt werden konnten? — Die Constatirung bezog sich übrigens nach den Protokollen nicht auf die Zustimmung der Commissionsmitglieder, sondern auf die früher diplomatisch kundgegebene Zustimmung der in der Commission vertretenen Bundesstaaten.

[32]) Proteste erfolgten theils unmittelbar, theils in späteren Sitzungen von Hannover, Kurhessen, Mecklenburg-Schwerin, Hamburg, denen sich nachträglich auch Lübeck zugesellte. Der Vermittelungsantrag von Baden (Anm. 30) fand in der Versammlung vielen Anklang und hätte, wenn über ihn abgestimmt worden wäre, voraussichtlich die Majorität erhalten. Nur die Vertreter von Würtemberg und Großherzogthum Hessen sprachen sich sofort bedingungslos für das Vorgehen der drei Staaten aus.

[33]) Die Nothwendigkeit ergiebt sich recht deutlich aus den Erklärungen der k. sächsischen und der hannöverischen Regierung über den Entwurf 2. Lesung, insbesondere aus dem Antrag Hannovers auf namentliche Abstimmung! bei der 3. Lesung und der Motivirung desselben (Zus.stellg. S. 1, 2, Prot. 4506). Eine weitere Erläuterung dieses Antrages giebt Thöl S. 55 ff. Man denke sich nur einmal das hier postulirte Schlußverfahren mit seinen conditiones unter allen deutschen Bundesstaaten durchgeführt; dasselbe würde wahrscheinlich heut noch nicht zu Ende sein!

[34]) Prot. 4507—5148.

[35]) Hannover, Hamburg und Bremen erneuerten hierbei ihre früheren Verwahrungen und übergaben dem Präsidenten eine denselben entsprechende Erklärung zur Vorlegung an die Bundesversammlung, Prot. 5448; Go. I S. 125 Anm. 2.

Digitized by Google

Am folgenden Tage fand sodann noch eine feierliche Schlußsitzung statt: es war im Ganzen die 593. Sitzung der Commission.[36])

§. 12.

2. Einführung in den einzelnen deutschen Staaten.

Mittelst Beschlusses vom 31. Mai 1861 erkannte die deutsche Bundesversammlung den ihr von Seiten der Nürnberger Commission vorgelegten Entwurf als befriedigende Ausführung des Bundesbeschlusses vom 18. December 1856 an und richtete zugleich an sämmtliche Bundesregierungen das Ersuchen, demselben baldmöglichst und unverändert Gesetzeskraft zu verschaffen.[1]) Die Einführung geschah zuerst in Preußen durch Gesetz vom 24. Juni 1861;[2]) demnächst während der Dauer des Deutschen Bundes in dem größten Theil des Bundesgebietes. Eine Ausnahme machten nur: a) Limburg und Luxemburg, wo das H.G.B. überhaupt keine Geltung erlangt hat;[3]) b) Holstein und Lauenburg; hier ist ebenso wie in Schleswig die Einführung erst unter preußischer Herrschaft erfolgt;[4])

---

[36]) Zu den 589 Sitzungen, die in den Protokollen gezählt werden, kommen noch zwei vorbereitende Sitzungen vor der ersten, eine vorbereitende Sitzung vor der zweiten Lesung des Handelsrechts und eine eben solche vor der ersten Lesung des Seerechts hinzu. Die Commission hat von dem preußischen Entwurf nicht erledigt Buch 4 Tit. 6, 7, Buch 5 und 6, d. h. die Binnenversicherungen, den kaufmännischen Concurs und die Bestimmungen über den Handelsproceß (oben Anm. 12). Die Weglassung dieser Bestimmungen wurde definitiv in den letzten Sitzungen der 2. Lesung beschlossen. Ebenso wurde ein Antrag auf Aufnahme von Bestimmungen über Fluß- und Binnenschifffahrt abgelehnt, Prot. 5124, 5135, 5146 ff. — Dagegen sind außer dem H.G.B. aus den Berathungen der Commission noch die Nürnberger Novellen zur Wechselordnung und ein Gesetzentwurf, „die in den deutschen Bundesstaaten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe betreffend", hervorgegangen.

[1]) Den Text des Bundesbeschlusses und die bei dieser Gelegenheit von der Minorität (Hannover, Mecklenburg, Hamburg, Bremen) gestellten Anträge bei Go. I S. 126 ff.

[2]) Die Gesetzeskraft datirt vom 1. März 1862. Mit demselben Tage haben auch das sächsische und nassauische Einf.-Ges. vom 30. October und 9. November 1861 Geltung erlangt. — Am spätesten hat sich Hamburg zur Einführung entschlossen; das E.G. vom 22. December 1865 setzt den Beginn der Geltung auf den 1. Mai 1866 fest.

[3]) Vgl. oben S. 30 Anm. 20, S. 33.

[4]) In Holstein und Schleswig seit dem 30. September 1867 (Ges. v. 5. Juli 1867), in Lauenburg seit dem 1. Jan. 1869 (Ges. v. 21. Oct. 1868).

Digitized by Google

c) Schaumburg-Lippe und das preußische Jadegebiet, wo es nicht zu einer landesgesetzlichen Einführung gekommen ist.[5]) — Ein großes außerdeutsches Geltungsgebiet hat das H.G.B. durch die, bisher allerdings nur auf die vier ersten Bücher beschränkte, Einführung in Oesterreich gewonnen.[6])

Die Einführungsgesetze der einzelnen deutschen Staaten lassen sich, nach der Verwandtschaft ihres Inhalts zum Theil in Gruppen zusammenstellen; eine Reihe derselben stimmt sogar wörtlich mit einander überein.[7]) Gleichwohl bestehen in Bezug auf Inhalt wie auf Umfang sehr erhebliche Verschiedenheiten unter ihnen und sie enthalten trotz des in dem Bundesbeschluß ausgesprochenen Wunsches zu einem nicht geringen Theil bewußte oder unbewußte Aenderungen des H.G.B.'s.[8]) Die durch das H.G.B. erzielte Rechtseinheit war

[5]) Das H.G.B. gilt hier vermöge des Reichsges. v. 5. Juni 1869 seit dem 1. Januar 1870. Für Schaumburg-Lippe ist hierzu eine Ausführungsverordnung vom 11. December 1869 ergangen, im Jadegebiet finden nach dem Gesetz vom 9. März 1870 die für Hannover maßgebenden Bestimmungen Anwendung.

[6]) Näheres bei Go. I § 22. — Hier auch S. 191 ff. Die sonstige auf das H.R. bezügliche Gesetzgebung bis 1873; dazu Z. 20. 507 ff., 556; 21. 255, 262, 487, 522; 23. 491; Beil. zu Bd. 23 S. 81 ff.

[7]) Solche Gruppen bilden namentlich die Einführungsgesetze für a) Preußen, Nassau, Anhalt-Bernburg; b) die thüringischen Staaten und Anhalt-Dessau-Cöthen (nahezu wörtlich übereinstimmend); c) Hannover, die beiden Mecklenburg, Oldenburg, Bremen; d) Hessen-Darmstadt und Hessen-Homburg. e) Sehr nahe stehen einander ferner die für die Gebiete des französischen Rechts bestimmten Vorschriften der Einführungsgesetze, einschließlich des badischen. (Die für das dem französischen Recht angehörige, früher hessen-homburgische Oberamt Meisenheim bestimmten Vorschriften des hessen-homb. Einführungsgesetzes sind unter preußischer Herrschaft beseitigt und durch die für den Appellationsgerichtsbezirk Cöln geltenden Bestimmungen des preuß. Einführungsgesetzes ersetzt worden.) — Daß auch abgesehen von diesen Gruppen das preuß. Einführungsgesetz in vieler Hinsicht für die übrigen Staaten vorbildlich gewesen ist, hebt mit Recht Go. I S. 129 hervor. — Ein Verzeichniß der Einführungsgesetze bei Go. I §§ 21—23; v. Hahn S. XXXV; der größte Theil derselben wörtlich abgedruckt im Beilagenband, Theil III zu der Lutz'schen Ausgabe der Protokolle; eine Zusammenstellung ihrer Bestimmungen zu den einzelnen Artikeln des H.G.B.'s in v. Salpius, die Ergänzungen der Allg. D. W.O. und des Allg. D. H.G.B.'s 1870.

[8]) Der Inhalt der verschiedenen in den Einf.Gesetzen enthaltenen Vorschriften dürfte sich unter folgende Gesichtspunkte bringen lassen: a) Uebergangsbestimmungen; b) Modificationen oder nähere Bestimmungen von Vorschriften des H.G.B.'s auf Grund von Vorbehalten, die in diesem selbst zu Gunsten der Landesgesetzgebung gemacht sind; c) anderweite zur Ausführung oder Ergänzung

Digitized by Google

mithin durch diese Einzelgesetzgebung wiederum in Frage gestellt. Dazu kam, daß es an einem gemeinsamen obersten Gerichtshof fehlte und daher für die aus dem Gesetzbuch selbst sich ergebenden Streitfragen keine Gewähr einer übereinstimmenden Rechtsprechung vorhanden war; sowie, daß den Einzelstaaten die Möglichkeit künftiger Abänderungen des H.G.B.'s, und einer weiteren handelsrechtlichen Gesetzgebung neben demselben unbenommen blieb. Der Bundesbeschluß vom 31. Mai 1861 hatte zwar auch den Wunsch ausgesprochen, daß etwa später nothwendig werdende Abänderungen oder Ergänzungen des H.G.B.'s nicht einseitig ins Leben gerufen werden möchten. Indeß hat trotz desselben die Particulargesetzgebung nicht geruht.[9])

§. 13.

3. Das H.G.B. in der Reichsgesetzgebung.

I. Nach Art. 4 Nr. 13 der Norddeutschen Bundesverfassung, der demnächst auch in die Reichsverfassung übergegangen ist, gehörte die gemeinsame Gesetzgebung über das Handels- und Wechselrecht zur Competenz der Bundesgesetzgebung.[1]) Auf Grund dieser Bestimmung richtete der Norddeutsche Reichstag in der Sitzung vom 12. Juni 1868 an den Bundeskanzler die Aufforderung, einen Gesetzentwurf vorzulegen, „durch welchen das H.G.B. und die allgemeine Deutsche Wechselordnung nebst den dazu gehörigen Novellen als gemeinsames Gesetz des Norddeutschen Bundes eingeführt, bezw. da, wo sie bereits als Landesgesetze gelten, für Bundesgesetze erklärt würden". Diesem Verlangen entspricht das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869, welches mit der Reichsverfassung für das ganze

von Bestimmungen des H.G.B.'s dienende Vorschriften; d) Abänderungen des H.G.B.'s; e) Normirung von Handelsrechtsverhältnissen, für die das H.G.B. keine Bestimmungen enthält; f) Ausdehnung der Bestimmungen des H.G.B.'s auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts.

[9]) Die Landesgesetzgebung ist ebenso eingehend wie sorgfältig mitgetheilt bei Go. I §§ 21—23. Dazu kommen die sich hieran anschließenden Uebersichten und Mittheilungen in der Zeitschrift für H.R.

[1]) Der Beaufsichtigung Seitens des Reiches und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten: .... „13) die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handelsrecht, Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren." — Durch das Gesetz vom 20. December 1873 ist die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung auf das gesammte bürgerliche Recht erweitert worden.

Digitized by Google

Deutsche Reich Geltung erlangt hat.[2]) Dasselbe hat dem H.G.B., der Wechselordnung und den Nürnberger Novellen den Charakter eines formell gemeinen Rechts für den Norddeutschen Bund, bezw. das Deutsche Reich verliehen. In Folge dessen sind die gedachten Gesetze auch in denjenigen Bundesgebieten anwendbar, in denen keine landesgesetzliche Einführung stattgefunden hat;[3]) ebenso ist fortan jede Aenderung derselben im Wege der Particulargesetzgebung ausgeschlossen. Zugleich sind die früheren Gesetze der Einzelstaaten, mithin namentlich die für diese ergangenen Einführungsgesetze insoweit außer Kraft gesetzt, als sie Abänderungen der genannten Gesetze enthalten.[4]) Nur zu Gunsten einzelner landesgesetzlicher Bestimmungen sind in dieser Hinsicht Ausnahmen gemacht.[5])

II. In Zusammenhang hiermit steht das Bundesgesetz vom 12. Juni 1869,[6]) durch welches für das ganze Bundesgebiet ein oberster Gerichtshof für Handelssachen, das am 5. August 1870 eröffnete[7]) Bundes-Oberhandelsgericht zu Leipzig geschaffen wurde. Auch dieses Gesetz wurde mit der Reichsverfassung zum Reichsgesetz erhoben;[8]) entsprechend seiner erweiterten Bedeutung

---

[2]) Das Gesetz ist für den Norddeutschen Bund am 1. Januar 1870, in den übrigen Ländern des Deutschen Reiches mit der Reichsverfassung, d. h. für Württemberg, Baden und Südhessen am 1. Januar 1871, für Bayern am 13. Mai 1871 in Kraft getreten. Commentare zu demselben von Endemann in Bu. 17 S. III; Lesse in Z. 14. 32; Staudinger Einf. nordd. Justizgesetze als Reichsgesetze in Bayern II. 86. In Elsaß-Lothringen, wo zufolge des Reichsgesetzes vom 25. Juni 1873 die Reichsverfassung vom 1. Januar 1874 Geltung erlangt hat, wurde das H.G.B. bereits durch das Ges. vom 19. Juni 1872, mit Gesetzeskraft vom 1. Oktober 1872 eingeführt. Die Bestimmungen dieses Gesetzes schließen sich großen Theils an die Vorschriften des preußischen Einführungsgesetzes für den Bezirk des Cölner Appellationsgerichts an.

[3]) Oben § 12 S. 51 f.

[4]) Ges. v. 5. Juni 1869 § 2; — dazu unten § 17.

[5]) Ges. v. 5. Juni 1869 § 3B, § 4, 5.

[6]) Vgl. zu demselben Go. I § 20; Endemann in Bu. 17 S. XLVII; v. Kräwel ebdas. 21 S. 209; Nissen in v. Holtzendorff's Jahrb. 1 S. 496, 2 S. 261; Sachs ebdas. 3 S. 341.

[7]) Gemäß § 27 des Ges. wurde durch eine Verordnung des Bundespräsidiums vom 22. Juni 1870 der Beginn für die Wirksamkeit desselben auf den obigen Tag festgesetzt, der sodann durch Anordnung des Bundeskanzlers vom 27. Juli 1870 zugleich für die Eröffnung des Gerichts bestimmt wurde; R. 1. S. 1—15, das. auch das Protokoll über die Eröffnungssitzung.

[8]) Für Baden und Südhessen seit dem 1. Januar, für Württemberg seit

Digitized by Google

nahm der Gerichtshof am 2. September 1871 den Namen Reichs-Oberhandelsgericht an.[9]) Seit dem 1. October 1879 ist an seine Stelle das Reichsgericht getreten.[10])

---

dem 1. Juli 1871 geltend; ebenso für Bayern, hier jedoch mit einer Aenderung von § 18 Abs. 2 (Ges. betr. die Einf. nordd. Bundesges. in Bayern v. 22. April 1861 § 3); vgl. dazu Küffner bei Bu. 25 S. 100 ff.

[9]) R. 2. 448. — Der Geschäftsgang des Gerichtshofes ist durch ein gemäß § 11 des Ges. v. 12. Juni 1869 von ihm selbst entworfenes, vom Bundesrath bestätigtes Regulativ v. 11. Mai 1871 geordnet worden; dazu Nachträge v. 7. Decbr. 1871 und v. 29. Juni 1871 (R. 2. 7; 4. 447; 12. 441). Das Reichs-Oberhandelsgericht bestand hiernach seit dem 1. September 1871 aus zwei, seit dem 9. Juli 1874 aus drei Senaten. Seine Zuständigkeit beschränkte sich ursprünglich auf Handelssachen im Sinne von § 13 des Gesetzes vom 12. Juni 1869, ist aber durch neuere Reichsgesetze erheblich erweitert worden. Dahin gehören insbesondere das Gesetz über die Abgaben von der Flößerei vom 1. Juni 1870 § 2 (Entschädigungsansprüche wegen aufgehobener Flößereiabgaben); Gesetz betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die beim Betrieb von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Verletzungen vom 7. Juni 1871 § 10; Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 § 44 (Ansprüche aus Rechtsverhältnissen, die sich auf Bergung außer im Fall der Seenoth beziehen); Gesetz betr. den Markenschutz vom 30. November 1874 § 19; Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 § 50 (Klage auf Entziehung der Befugniß zur Notenausgabe); Gesetze betr. den Schutz des Urheberrechts vom 11. Juni 1870 § 22; vom 9. Januar 1876 § 16, vom 10. Januar 1876 § 9; vom 11. Januar 1876 § 14 (Ansprüche auf Entschädigung, Einziehung; Strafsachen); Patentgesetz vom 25. Mai 1877 §§ 32, 37 (Berufung gegen Entscheidungen des Patentamtes wegen Nichtigkeit oder Zurücknahme des Patents; bürgerliche Rechtsstreitigkeiten auf Grund des Patentges.); Gesetz vom 29. März 1873 betreffend die dem Reichs-Oberhandelsgericht gegen Rechtsanwälte und Advokaten zustehenden Disciplinarbefugnisse; Gesetz v. 31. März 1873 betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten §§ 149—154 (vermögensrechtliche Ansprüche von Reichsbeamten aus ihrem Dienstverhältniß; gesetzliche Ansprüche ihrer Hinterbliebenen auf Bewilligungen; Ansprüche gegen Reichsbeamte auf Erstattung von Defecten, Vermögensansprüche wegen Ueberschreitung ihrer Amtsbefugnisse oder pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen). — Außerdem war das Reichs-Oberhandelsgericht oberste Instanz sowohl in Civil- wie in Strafsachen: a) für alle in erster Instanz vor den Consulargerichten des deutschen Reichs verhandelten Rechtssachen, Gesetz betr. die Organisation der Bundeskonsulate vom 8. Novbr. 1867 § 24; Gesetz betr. die Einführung nordd. Bundesgesetze in Bayern § 3; — b) für Elsaß-Lothringen, Gesetz v. 18. Juni 1871.

[10]) E.G. zum Ger.verf.ges. § 8 Abs. 2; Reichsges. v. 16. Juni 1879, betr. den Uebergang von Geschäften auf das Reichsgericht. — Das Reichs-Oberhandelsgericht hat in der verhältnißmäßig kurzen Zeit seines Bestehens sowohl durch den Umfang seiner Geschäftsthätigkeit wie durch die Gediegenheit seiner Urtheile die bei seiner Errichtung von verschiedenen Seiten (u. A. auch vom Verfasser) gegen diese Institution geäußerten Bedenken glänzend widerlegt und die Aufgabe,

Digitized by Google

III. Sehr erheblich hat auch die übrige Bundes- und Reichsgesetzgebung auf das Handelsrecht eingewirkt. Dieselbe enthält sowohl Modificationen wie Ergänzungen des H.G.B.'s in beträchtlichem Umfang. [11]) Da diese Gesetze nur innerhalb des Deutschen Reiches Geltung haben, andererseits in Oesterreich das H.G.B. durch die Gesetzgebung selbständig fortgebildet ist, so scheidet sich gegenwärtig bereits trotz der gemeinschaftlichen Grundlage das Deutsche und das Oesterreichische Handelsrecht in vielen Punkten und diese Scheidung wird voraussichtlich in Zukunft noch stärker hervortreten. Dafür ist in Deutschland das H.G.B. der Hauptausgangspunkt für die weitere einheitliche Gesetzgebung geworden, namentlich knüpfen die auf die Einheit des bürgerlichen Rechts gerichteten Bestrebungen an dasselbe an. [12])

---

ein Führer der deutschen Rechtsprechung zu sein, ruhmvoll erfüllt. Möge auch in dieser Hinsicht das Reichsgericht sein Nachfolger werden.

[11]) Zu den abändernden Gesetzen gehört insbesondere das Ges. vom 11. Juni 1870 betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, in den nicht zum nordd. Bund gehörigen Gebieten des Deutsches Reiches gleichzeitig mit dem Reichsges. vom 5. Juni 1869 in Kraft getreten (oben Anm. 2). — Eine Uebersicht über die Gesetzgebung des nordd. Bundes wie des Deutschen Reiches bei Go. I § 19; dazu die Zeitschr. von Band 20 an. Von dem auf das bürgerliche Recht bezüglichen Inhalt der Reichsgesetze handeln Dreyer, das Deutsche Reichs-Civilrecht, Leipzip 1876; Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, Tüb. 1878 (in der Hauptsache bereits im Arch. für civil. Pr. Bd. 59 und 60 enthalten).

[12]) Hierüber Goldschmidt Z. 20. 134 ff., Beilageheft zu Z. 23. 1 ff., Hauser in Zeitschr. für Reichs- und Landesr. 1 S. 289 ff., Rassow in Gruchot's Beitr. 21, S. 167 ff., 22. 83 ff.; 23. 429 ff. — In Verbindung mit dem bürgerlichen G.B. ist eine Revision des H.G.B.'s in Aussicht genommen. Die Vorschläge der zur Entwerfung eines Plans für das bürgerliche G.B. niedergesetzten Commission gehen in dieser Hinsicht im Wesentlichen dahin, daß 1) „alsbald" von einem oder mehreren durch den Bundesrath zu ernennenden Specialredactoren Theilentwürfe für a. die im H.G.B. fehlenden Zweige des Versicherungsrechts; b. das Recht der Binnenschifffahrt; c. das Verlagsrecht angefertigt und nach vorgängiger Berathung durch technische und juristische Sachverständige vorläufig festgestellt werden sollen. 2) Nach beendigter erster Lesung des Entwurfs eines Deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs soll eine aus theoretischen und praktischen mit dem H.R. vertrauten Juristen und aus Mitgliedern der Commission für das B.G.B. bestehende Commission zusammentreten und a. die vorgedachten Theilentwürfe in einmaliger Lesung feststellen; b. auf den Vortrag eines Hauptreferenten und unter Mitwirkung kaufmännischer Sachverständiger den Inhalt des jetzigen H.G.B.'s, einschließlich etwaiger aus dem sonstigen Reichsrecht aufzunehmender Bestandtheile, einer Revision unterziehen; c. den Gesammtentwurf des neuen

Digitized by Google

§. 14.
Literatur.

Ausgezeichnet sorgfältige und umfassende Literaturangaben bei Go. I §§ 7, 8, 8.a, 8.b (Sammelwerke, ältere Literatur des H.R.'s), §§ 21—23 (bes. in den Anmerkungen zu S. 57, 58: Literatur des preußischen H.R.'s; zu S. 182, 183: Literatur des hamburgischen H.R.'s; zu S. 194, 195: Literatur des österreichischen H.R.'s); § 23.a (neuere Literatur des deutschen H.R.'s); §§ 24—32 (Literatur der fremden Länder). Dazu die weiteren, nicht blos auf das H.R. sich erstreckenden Literaturübersichten in der Zeitschrift Band 20 und folgende. — Für die ältere Literatur ist daneben nicht ohne Werth die Bibliothèque de Jurisprudence commerciale, die sich in der 2. und 3. Auflage des ersten Bandes von Pardessus cours de droit commercial findet (in den späteren Ausg. fortgelassen). Treffende Bemerkungen zur Charakteristik einzelner Werke bei Thöl I §§ 10, 24; beachtenswerthe Notizen auch bei de Wal nederl. handelsr. I 27—39. — Die ebenso schwierige wie dankenswerthe Aufgabe einer nach Materien geordneten, die Zeitschriftenliteratur einschließenden Bibliographie des deutschen H.R.'s seit dem H.G.B. stellt sich Voigtel „Uebersicht der Literatur des deutschen H.R.'s seit Einführung des H.G.B.'s, 1862—75"; Berlin 1876, entspricht derselben aber nur unvollkommen. Eine kritische Würdigung der neueren in Zeitschriften enthaltenen Literatur des H.R.'s bis zum Jahre 1869 Laband in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 12 S. 4. Die nachfolgenden Angaben beschränken sich auf die Hervorhebung der wichtigsten Erscheinungen; wo nichts bemerkt ist, sind die ersten oder doch die ältesten bekannten Ausg. genannt. Die Verweisung auf Goldschmidt ist überall zu ergänzen.

A. Aeltere Literatur
(bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts).

I. Italiener:

1. Benven. Straccha (Patritius Anconitanus) Tractatus de mercatura seu mercatore. Venet. 1553.

Zerfällt in acht partes principales: 1. mercator quid, quidve mercatura. 2. de statu mercatorum et his quae ad eorum statum pertinent. 3. de his qui mercaturam exercere non possunt. 4. mercatura in quibus causis possit exerceri. 5. de contractibus mercatorum, dazu titulus mandati und (mit besonderer Widmung) sponsionum tractatus 6. (ebenfalls mit besonderer

---

H.G.B.'s feststellen. — Dieser Entw. soll mit Motiven veröffentlicht und den Bundesregierungen mitgetheilt werden. 3) Nach beendigter 2. Lesung des Entwurfs eines bürgerl. G.B.'s soll der Entwurf des H.G.B.'s in 2. Les. berathen und festgestellt werden. — Diese Vorschläge sind gemäß dem Bericht des Ausschusses für Justizwesen durch den Beschluß des Bundesraths vom 22. Juni 1874 im Allgemeinen gebilligt, nur ist die Zusammensetzung der Commission für das neue H.G.B. weiterer Bestimmung vorbehalten worden. Redactoren für die zu 1) gedachten Theilentwürfe sind indeß bisher noch nicht ernannt worden.

Digitized by Google

Widmung) de nautis navibus et navigatione 7. quando mercator esse desinat, dazu (mit eignem Vorwort) de conturbatoribus. 8. quomodo in causis mercatorum procedendum sit — Nach dieser Schrift hat Str. noch drei weitere Tractate de assecurationibus, de proxenetis et proxeneticis, de adjecto verfaßt, die in späteren Ausg. (nicht in allen) dem Tr. de mercatura beigefügt, aber auch besonders gedruckt sind.

2. Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam. Cum indice locupletissimo. Cum privilegio. Genuae 1582. Fol.

So der Titel einer in der K. Bibl. zu Berlin befindlichen Ausg. Sollte dies nicht die Ed princeps sein? Die Widmung: Sereniss. Principi Nicolao de Auria Rei publ. Gen Duci (Nicolo Doria, Doge von 1579—1581) datirt Genuae Kal. Octobr. 1581. — Auf dem Titelblatt steht hinter den Worten cum ind. loc. die geschriebene Notiz: collicti a Dño Marc Antonio Bellono Jurisconsulto pristantissimo. — Auch sonst gilt M. A. Belloni als Herausgeber der Decisionen. Adelung in der Forts. zu Jöcher's Gelehrtenlex. I. Sp. 1637.a nennt ihn einen Juristen aus der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts.

3. Sigism. Scaccia (aus Genua, Ictus Romanus) — Tractatus de commerciis et cambio. Rom. 1618. Fol.

4. Ansaldi de Ansaldis (aus Florenz, Auditor der Rota Romana) discursus legales de commercio et mercatura. Rom. 1689. Fol.

5. Jos. Laur. Mar. de Casaregis (Ictus Genuens., später Auditor der Rota von Florenz) discursus legales de commercio II. T. Gen. 1707. Fol.

Lastig 3. 20. 148. Ueber beide zuletzt genannte Werke Thöl S. 82 ff.

6. A. Azuni Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile. II. T. Nizza 1780. 88. (2. Ausg. Livorno 1822. 24).

II. Außerhalb Italiens sind zu erwähnen:

a) die französische durch die Ordonnance du commerce hervorgerufene Literatur, s. oben S. 25 Anm. 8;

b) deutsche Schriftsteller.

Die Vorläufer der deutschen handelsrechtlichen Literatur, Joh. Rieder (gest. 1438) und Christoph Kuppener (gest. 1511) gehören der „Jurisprudenz des Beichtstuhls" an, Go. I S. 34 ff.

W. A. Lauterbach (gest. 1678) Θέσεις de jure in curia mercatorum usitato. Tubing. 1655.

Im ersten Band der Dissertationes academicae Tub 1649, giebt in 332 Absätzen einen kurzen Abriß des Handelsrechts.

Joh. Marquard, (Bürgermeister in Lübeck, gest. 1668) Tractatus

Digitized by Google

politico juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari 2 T. Francof. 1662. Fol.

In der Vorrede sagt der Verfasser: semitam — monstrare allaborans. . . Jura singularia quae ego ante 26 annos in ill. Salana disputatione inaugurali succincte contraxeram et cum applausu multorum veluti novellum Academicum partum in lucem edideram, nunc multis in locis aucta et per capita et libros distincta . . . iterum exponere velim. — Danach ist M. auch der Verf. der bei Go. S. 53 angef. Dissertation: Theodosic (lies Theodoric) de jure mercatorum singulari Jenae 1636. In dem vorstehenden Werke nimmt der Tractatus nur den ersten Band ein, der zweite enthält Urkunden. Die Darstellung ist ziemlich weitschweifig und wenig selbstständig. Außer den Italienern ist namentlich D. Mevius stark benutzt.

Paul Jac. Marperger (gest. 1730). Neu eröffnetes Handelsgericht oder wohlbestelltes Commercien-Collegium. Hamburg 1709.

Enthält u. A. auch Savary's Pareres in deutscher Uebertragung; über M. vgl. Go. S. 52.

J. D. H. Musaeus, Grundsätze des Handlungs- und Wechselrechts, zum Gebrauch akademischer Vorlesungen, Hamb. 1785. (3. Aufl. Gießen 1817).

Das erste Lehrbuch zum Universitätsgebrauch, wenngleich Martens früher Vorlesungen über H.R. gehalten zu haben scheint.

G. F. v. Martens, Grundriß des Handelsrechts, insbesondere des Wechsel- und Seerechts. Göttingen 1797, zuletzt 1820.

Martens (gest. 1821) hat sich 1780 in Göttingen habilitirt und nach Morstadt S. XX sogleich Vorlesungen über H.R. gehalten. Pütter Gött. Gel.gesch. II (1788) S. 137 berichtet, daß M. im Winter über H.R. zu lesen pflege.

B. Neuere Literatur.

I. Deutschland.*)

a. Vor dem H.G.B.

Heise's Handelsrecht. Nach dem Original-Manuscript. Frankfurt a. M. 1858.

Vorlesungen, die Heise während der Sommersemester 1814—17 nach dem Grundriß von Martens gehalten hat.

*) Die große Mehrzahl der Lehrbücher und Grundrisse über deutsches Privatrecht enthält auch das H.R. Näheres hierüber bei Go. S. 199, dem noch hinzuzufügen ist C. Gareis Grundr. zu Vorlesungen über das D. bürgerliche Recht mit Einschluß des H.-, Wechsel- und Seerechts nebst beigefügten Quellennachweisungen, Gießen 1877, und F. Dahn, Deutsches Privatrecht mit Lehn-, Handels-, Wechsel- und Seerecht, Grundriß, von dem aber bisher nur die erste das Privat- und Lehnrecht enthaltende Abtheilung erschienen ist (Leipz. 1878). Nicht aufgenommen ist das H.R. in Stobbe's Handbuch des D. Privatrechts, Gengler, das D. Privatrecht in seinen Grundzügen, 3. Aufl., Erlangen 1876 und in dem Grundriß von Franklin.

Digitized by Google

Meno Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen H.R.'s für Juristen und Kaufleute 4 Bde. (in 9 Theilen). Hamb. 1828—34.

1. Band: Allgem. Theil enthält das eigentliche H.R.; 2. Bd. (zwei Theile): Wechselrecht; 3. Bd. (vier Theile): Seerecht; 4. Bd. (zwei Theile): Assecuranzrecht. — Band 2—4 auch mit besonderem Titel.

Heinr. Thöl, Das Handelsrecht als gemeines in Deutschland geltendes Privatrecht. Bd. I: Das engere Handelsrecht. Göttingen 1841.

Der zweite Band enthält das Wechselrecht; der erste Band in 2. Aufl. 1847, in dritter 1854; die späteren s. zu b.

K. E. Morstadt, gest. 1849, Commentar über das H.R. Deutschlands und Frankreichs. Kritisch-pragmatisch: auf der Basis des (mitabgedruckten) Grundrisses von Martens. Erster Theil: das Ganze befassend, außer dem Wechselbrief- und Seefrachtwesen. Heidelberg 1849.

Der verheißene zweite und dritte Theil (Wechsel- und Seerecht) sind nicht erschienen. Das Buch besteht aus zehn Bogen kl. 8, von denen der Text von Martens etwa ein Drittel einnimmt. Der Rest sind mehr oder weniger aphoristische Bemerkungen seines Commentators, die zum Theil recht beachtenswerth sind, aber doch bei Weitem nicht die Bedeutung haben, die der Verf. in der überspannten Vorrede für sie in Anspruch nimmt.

C. H. L. Brinckmann (gest. 1855), Lehrbuch des Handelsrechts. Fortgesetzt von W. Endemann. Heidelb. 1853—60.

Endemann's Fortsetzung beginnt mit Bogen 28.

C. C. E. Hiersemenzel (zuletzt Rechtsanwalt in Berlin, gest. 1869), Preußisches Handelsrecht. Berlin 1856.

F. Fischer, Preußens kaufmännisches Recht. Breslau 1856.

Fischer-Ellinger, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, zuerst 1827, 4. Aufl. von Blodig. Wien 1860.

M. v. Stubenrauch, Lehrbuch des österreichischen Privathandelsrechts — 1859; in neuer Bearbeitung 1863 erschienen.

H. Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der freien Städte Deutschlands. Göttingen 1857.

Mustergültig für die Publication gerichtlicher Entscheidungen.

G. M. Kletke, Sammlung von Präjudizien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands in Handels-, See- und Wechselrechtsstreitsachen — 1857. Zwei Fortsetzungen 1857, 58.

Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte, 2 Bde. Hamburg 1827, 1830.

W. Gelpcke (Geh. Ob.Trib.Rath, gest. 1853), Zeitschrift für

Digitized by Google

Handelsrecht mit Hinblick auf die Handelsrechtspraxis in Preußen. Drei Hefte. Berlin 1852, 53.

Sehr werthvoll. Enthält nur Abhandlungen des an den preußischen Vorarbeiten zum H.G.B. mitbetheiligten Verfassers.

b. seit dem H.G.B.

Die Materialien zum H.G.B.

Entwurf eines H.G.B.'s für den Preußischen Staat. Nebst Motiven. 2 Theile. Erster Theil Entwurf. Zweiter Theil Motive. Berlin 1857 (oben S. 44 Anm. 12).

Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen H.G.B.'s. Im Auftrag dieser Kommission herausg. von J. Lutz. 9 Bde., Beilageband in 3 Theilen und Registerband. Würzb. 1858—67.

Mit der nicht in den Buchhandel gekommenen, nur für die Mitglieder der Commission und die Bundesregierung bestimmten Folioausgabe genau, auch in den Seitenzahlen, übereinstimmend, von der Bundesversammlung als authentisch anerkannt; Go. I S. 123 f., v. Hahn I S. XLVII f. — Von den neun Bänden enthalten Bd. 1 und 2 die erste, Bd. 3 die zweite, Bd. 9 die dritte Lesung des Handelsrechts, Bd. 4—7 die erste, Bd. 8 die zweite Lesung des Seerechts. — Zu Bd. 9 (mit besonderer Paginirung) Anhang, enthaltend die oben S. 48 Anm. 20 erwähnte „Zusammenstellung der Erinnerungen" nebst Nachträgen sowie die Circulare der österreichischen, preußischen und bayerischen Regierung und das „Verzeichniß" der Erinnerungen, welches bei der 3. Lesung zu Grunde gelegt wurde. — Der Beilageband enthält Theil 1: den preußischen Entw. (Text von Buch 1—4); die beiden österr. Entwürfe des Handelsrechts, den österr. Entw. des Privatseerechts; die Entwürfe der Nürnb. Kommission erster und zweiter Lesung; den Hamburger Entw. erster Lesung; — Theil 2: den Entwurf des H.G.B.'s aus dritter, bez. des Seerechts aus zweiter Lesung; — Theil 3: die Einführungsgesetze der verschiedenen deutschen Staaten; es fehlen nur Anhalt-Bernburg, Lichtenstein, Holstein-Schleswig, Lauenburg, Schaumburg-Lippe, Jadegebiet, Elsaß-Lothringen. Der Registerband bezieht sich nur auf die beiden ersten Lesungen des Handelsrechts. Dem Entw. 3. Les. ist ein besonderes Sachregister beigefügt.

Lehrbücher und Handbücher.

H. Thöl, das H.R. in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen H.G.B. dargestellt. Erster Band. 4. verm. Aufl. Gött. 1862. — Die 5. (umgearbeitete) Aufl. blos unter dem Titel „Das Handelsrecht." Leipzig 1875, 76.

Chr. M. A. Gad (weil. Stadtgerichtsrath in Berlin, gest. 1870), Handbuch des allgemeinen d. Handelsrechts. Erster Theil: Engeres Handelsrecht (nicht mehr erschienen), Berlin 1863.

W. Auerbach (Advokat in Frankfurt, gest. 1874), Das neue Handelsgesetz, systematisch dargestellt. 2 Abtheilungen. Frankfurt 1863, 1865. (Unvollendet.)

Digitized by Google

L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Band 1, Abth. 1, 2. Erlangen 1864, 1868; — Abth. 1 in 2. Aufl. Stuttg. 1875.

W. Endemann, Das deutsche H.R., systematisch dargestellt. Heidelb. 1865, 2. Aufl. 1868, 3. Aufl. 1876.

Populäre Darstellungen.

O. Wächter, Das Handelsrecht nach dem A. D. H.G.B. und den Einführungsgesetzen. Für den Gebrauch des Handelsstandes dargestellt. 2 Theile. Leipzig 1865, 66.

F. Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. Leipzig 1875.

Kommentare.

H. Makower und S. Meyer, Das allgem. D. H.G.B. nebst dem preuß. Einführungsgesetze. — Für den praktischen Gebrauch aus den Quellen erläutert. Berlin 1862.

Die folgenden Ausg. von Makower allein herausgeg., die neueste (achte) unter dem Nebentitel: Das allgemeine d. H.G.B. mit Kommentar herausgeg. Berlin 1880.

R. v. Kräwel, Das allg. d. H.G.B. außer dem fünften Buch und das preuß. Einführungsgesetz. Halle 1862.

Fr. v. Hahn, Kommentar zum allg. d. H.G.B. (mit Ausschluß des Seerechts). 2 Bde. Braunschweig 1862—67.

Band 1 und Band 2 Lief. 1 u. 2 in zweiter, 1871—76; Band 3 Lief. 1 in dritter Aufl. 1877.

C. F. Koch (gest. 1872), Allgemeines deutsches H.G.B., herausg. mit Kommentar in Anmerkungen (Separatabdruck aus der 3. Ausg. des Kommentars zum A.L.R.). Berlin 1863.

2. Ausg. selbständig erschienen, 1868.

A. Anschütz und O. v. Völderndorff, Kommentar zum allgem. d. H.G.B. mit Ausschluß des Seerechts. 3 Bde. Erlangen 1867—73.

Der erste Band, Kommentar zum 1. Buch von v. Völderndorff, Bd. 2 und 3 von Anschütz.

H. Keyßner, Allgem. d. H.G.B. (Buch 1—4) nebst ergänzenden Gesetzen. Berlin 1872.

Die Bezeichnung als 7. Aufl. auf dem Titel bezieht sich nicht auf die Ausg. von K., sondern auf die von der Verlagshandlung publicirten Textausgaben.

E. S. Puchelt, Kommentar zum allg. d. H.G.B. mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des Reichsoberhandelsgerichts. Leipzig 1874. 2. Aufl. 1876.

Erstreckt sich ebenfalls nur auf die ersten vier Bücher.

Digitized by Google

F. Kowalzig, Allg. d. H.G.B. mit Ausschluß des Seerechts, erläutert vornehmlich aus den Entscheidungen des R.O.H.Gerichts. Berlin 1876. 2. Aufl. 1879.

H. Keyßner, Allg. d. H.G.B. nach Rechtsprechung und Wissenschaft erläutert und herausg. Stuttg. 1878 (Buch 1—4).

Repertorien.

A. Wengler, Das allg. d. H.G.B. mit Ausschluß des fünften Buches. Leipzig 1867.

Fr. Scheffer und C. Groß, Repertorium z. allg. d. H.G.B. Cassel 1867.

E. Grünewald, Repertorium z. allg. d. H.G.B. 2 Bände. Bamberg 1871, 74.

Sammlungen von Entscheidungen.

Hamburgische Gerichtszeitung seit 1861, an deren Stelle seit 1863: Hamburgische Handelsgerichtszeitung.

Baierische Entscheidungen in drei Sammlungen: a) Sammlung handelsger. Entscheidungen seit Einführung des A. D. H.G.B.'s herausg. von O. v. Völderndorff. 2 Bde. Erlangen 1865, 67. b) Sammlung wichtiger Entscheidungen des k. Bayr. Handelsappellationsgerichts. 3 Bde. Erlangen 1868—70. c) Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts, sowie von wichtigen Entscheidungen der k. bayer. Handelsappell.gerichte. Erlangen seit 1873. (Wird fortgesetzt.)

L. Adler und R. Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum H.G.B. Wien 1868. 2. u. 3. Folge 1870, 75.

Enthält Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes unter auszugsweiser Mittheilung der Erkenntnisse der Vorinstanzen.

Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichts von Band 3 an unter dem Titel: Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes. Erlangen, dann Stuttgart seit 1871, 25 Bände.

Die Entscheidungen des ersten Bandes auch im 16. Band der Z., Band 1—7 in zweiter Auflage erschienen. Neben dieser Sammlung sind entbehrlich die (nicht fortgeführten) Publicationen von A. Stegemann, Rechtsprechung des O.H.G.'s. Berlin 1871—73, 8 Bde. und die Wochenschrift für H. u. W.R., begründet von Calm und Mallison; fortgesetzt von Calm, Leipzig 1871—73, 3 Bde. — Publicationen von Entscheidungen auch in Bu. und im Arch. für W.R. — Zu obiger Sammlung drei General-Register. Stuttg. 1874, 76, 77 (die aber besser gearbeitet sein könnten). —

H. Thöl, Praxis des Handelsrechts und des Wechselrechts. Erstes Heft. Leipzig 1874.

Durch die Entscheidungen des R.O.H.G.'s veranlaßte polemische Erörterungen.

Digitized by Google

Zusammenstellung von Rechtsgrundsätzen.

D. Calm, Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des R.O.H.G.'s.

E. Grünewald, Rechtsgrundsätze der Entscheidungen D. Gerichtshöfe mit Ausnahme des R.O.H.G.'s auf dem Gebiet des Handelsrechts. Nach dem System des H.G.B.'s geordnet. 2 Hefte. Berlin 1877, 78.

Zeitschriften.

Hier werden auch die Zeitschriften genannt, die bereits vor dem H.G.B. begonnen, aber nach Einführung desselben fortgesetzt worden sind.

Neues Archiv für Handelsrecht. Vier Bände. Hamburg 1858—66. Band 1 von J. F. Voigt und E. Heinichen herausg., an Stelle des letzteren seit Bd. 2: H. G. Heineken und im zweiten Band auch H. A. E. Weber. (Geschlossen.)

Archiv für Wechselrecht, seit Bd. 6 Heft 3 für Wechsel- und Handelsrecht, herausg. von E. Siebenhaar und Th. Tauchnitz, seit Bd. 10 von ersterem allein; Leipzig 1851—69, 18 Bde. — Neue Folge herausg. von v. Bernewitz. Leipzig 1870. — 6 Bde. (Geschlossen.)

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Erlangen, seit Bd. 20 Stuttgart, herausg. von L. Goldschmidt.

Seit Band 8 von L. Goldschmidt und P. Laband, von Bd. 12—18 unter Mitwirkung für Versicherungsrecht von E. Malss, Bd. 20 von L. Goldschmidt, P. Laband und E. Sachs, denen seit Bd. 21 Fr. v. Hahn, seit Bd. 23 H. Keyßner hinzugetreten sind. Erscheint seit 1858, bis jetzt 24 Bände; Beilagehefte zu Bd. 3, 4, 6, 7, 12, 19, 21, 23. — Dazu H. Keyßner: Vollständiges Inhaltsverzeichniß zur Zeitschr. f. d. ges. H.R., Bd. 1—10, 11—15, 16—20. Erlangen (Stuttg.) 1868, 71, 75.

Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, herausg. von F. B. Busch. Leipzig, von Bd. 29 an Berlin, seit 1862.

Seit Bd. 26 „des allgem. D. H. und Wechselrechts" Neue Folge (die Bände sind hier theilweise besonders gezählt); Bd. 29 und 30 Mitherausgeber: H. Busch und G. Keyser (gest. 1875); Bd. 31—33 von F. B. Busch und H. Busch; nach des Begründers Tode (1876), seit Bd. 34, von H. Busch allein fortgeführt. Bis jetzt 39 Bände. — Register zu Bd. 1—15, 16—25, 26—37 Leipzig (Berlin) 1869, 72, 78.

Centralorgan für den D. Handelsstand. Redacteur G. Löhr. Cöln 1862—64, 3 Bde. Als neue Folge hiervon Centralorgan für das D. Handels- und Wechselrecht, herausg. von G. Löhr, seit Bd. 6 von W. Hartmann. Elberfeld 1865—73. 9 Bde. (Geschlossen.)

Digitized by Google

II. Außerdeutsche Literatur.

J. M. Pardessus (gest. 1853) Cours de droit commercial. Par. 1814—16; 6me éd. par E. de Rozière 1856, 57.

Erste und letzte Ausg. in vier, zweite bis vierte in fünf, fünfte in sechs Bänden. Uebersetzung: A. Schiebe, Lehrb. des H.R.'s mit Ausnahme des Seerechts, frei bearbeitet nach P., Leipzig 1838; dazu Thöl S. 84.

G. Bravard-Veyrières (gest. 1861), Manuel de droit commercial. Par. 1838. 7me éd. 1867.

3 éd. augmentée de la législation belge et de la concordance avec le nouveau code de c. de Hollande. Bruxelles 1841 (Nachdruck?).

Derselbe: Traité de droit commercial. Cours professé à la faculté de droit à Paris, publié, annoté et complété par Ch. Demangeat. Paris 1862—75. 6 vol.

J. Bédarride, Droit commercial. Commentaire du code de commerce. Paris seit 1854. 18 vol.

In neueren Auflagen sind erschienen: commentaire du code de co. liv. 1 tit. 1, 2 1872; liv. 1 tit. 3 des sociétés 3 éd. 1872; liv. 2 du comm. maritime 5 vol. 1875; traité des faillites 5 éd 5 vol. 1874. Außerdem besondere Kommentare zu Specialgesetzen.

Ch. Lyon-Caen et L. Renault Précis de droit commercial comprenant le commentaire du code de commerce et des lois qui s'y rattachent. Premier fasc. Par. 1879.

M. G. Massé, Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. Par. 1844—48; 3 éd. 1874. 4 vol.

A. Frémery, Etudes du droit commercial ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçans. Par. 1833.

Bedeutsam für die Geschichte des Handelsrechts.

P. Namur, Le code de commerce belge revisé interprété par les travaux préparatoires des lois nouvelles, par la comparaison avec la législation antérieure et par la doctrine et la jurisprudence. Bruxelles 1876, 77. 3 vol.

A. C. Holtius (gest. 1861), Voorlezingen over handels- en zeeregt. Uitgegeven door B. J. L. de Geer. Utrecht 1861. 3 d.

1. Th. Handelsrecht; 2. Th. Seerecht; 3. Th. Assecuranz- und Havarierecht.

J. de Wal, Het nederlandsche Handelsregt. Grondtrekken met verwijzing naar de buitenl. wetgevinge en opgave der belankrijkste hulpmiddelen, ten gebruike bij akademische voorlezingen. Leiden 1861—70. 3 d.

1. Handelsrecht. 2. See- und Binnenschifffahrt. 3. Fallissement.

J. A. Levy, Het algemeene Duitsche Handelswetboek vergeleken met het nederlandsche wetboek van koophandel. Amsterdam 1868, 69.

Digitized by Google

J. G. Kist, Beginselen van Handelsregt volgens het nederlandsche wet. Amsterdam 1867—77. 6 d.

Die drei ersten Bände in 2. Aufl. 1874, 75 vgl. Z. 23, 320.

G. Carnazza-Puglisi, Il diritto commerciale secondo il codice di commercio del regno d'Italia. Milano 1868. 2 vol.

L. Borsari, il codice di commercio del regno d'Italia annotato. Torino 1868, 69. 2 vol.

E. Vidari, Corso di diritto commerciale. Milano seit 1877.

Bis jetzt 3 Bde., Bd. 1: Einleitung, der Einzelkaufmann und sein Hülfspersonal; Bd. 2: Handelsgesellschaften; Bd. 3: Schluß der Handelsgesellschaften, Objekte des Handelsrechts. — Zum ersten Band Goldschmidt Z. 23, 321 ff.

J. W. Smith, a compendium of mercantile law. London 1834. 9 Ed. by G. M. Dowdeswell. London 1877.

J. Kent, commentaries on American law. New-York 1826. 12 Ed. by O. W. Holmes. Boston 1873. 4 vol.

Für das Handelsrecht vorzugsweise wichtig Vol. II und III.

J. v. Schnierer, Commentar zum Ungarischen Handelsgesetzbuch. Autorisirte Uebersetzung aus dem Ungarischen. Budapest 1877.

Digitized by Google

Erstes Buch.

Die Rechtsquellen und ihr Anwendungsgebiet.

§ 15.

I. Handelssachen.

I. Handelssachen sind die Rechtsverhältnisse des Handelsverkehrs.[1]) Jeder dem Handel angehörige, durch Rechtsnormen bestimmte Thatbestand ist demnach eine Handelssache. In dieser allgemeinsten Bedeutung entbehrt der Begriff der Handelssachen ebenso einer festen Begrenzung wie der des Handels. Einen bestimmteren Inhalt gewinnt derselbe, wenn man ihn auf diejenigen Rechtsverhältnisse einschränkt, für die besondere, vom bürgerlichen Recht abweichende Rechtsnormen bestehen. Diese engere Bedeutung liegt im Art. 1 des H.G.B.'s[2]) zu Grunde; im Sinne desselben sind unter Handelssachen alle Rechtsverhältnisse zu verstehen, für welche entweder das Gesetzbuch selbst Bestimmungen enthält oder für die sich besondere Handelsgebräuche gebildet haben[2a]). — In einer dritten Bedeutung

---

[1]) Ueber den Begriff der Handelssachen: Go. 1 § 1, § 43a; Endemann § 5; Gad. § 8; v. Hahn, Comm. zu Art. 1 §§ 2 ff.; Koch, Makower, von Kräwel zu Art. 1; Hoffmann in Gruchot's Beitr. Bd. 11 S. 43 ff. Jede Begriffsbestimmung lehnt ab Thöl § 22. Ungenau R. 10. 37 (173): „Unter die Handelssachen fallen außer den Handelsgeschäften auch diejenigen Rechtsverhältnisse, welche, ohne vom H.G.B. als Handelsgeschäfte anerkannt zu sein, durch den Handelsverkehr ausgebildet sind und auch regelmäßig innerhalb desselben vorkommen"; R. 11. 50 (150): „Handelssachen im weiteren Sinn sind diejenigen Rechtsverhältnisse, welche nach den Grundsätzen des H.R.'s zu beurtheilen sind und in Streitfällen der Regel nach der Competenz des Handelsgerichts unterliegen." Vgl. auch R. 11. 81 (242); 17. 33 (127).

[2]) In Handelssachen kommen, insoweit dieses G.B. keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.

[2a]) Erschöpft wird der Begriff der Handelssachen, auch in der vorstehenden engeren Bedeutung hierdurch nicht. Dagegen giebt es kein durch das H.G.B. normirtes Rechtsverhältniß, welches nicht zu den Handelssachen im Sinn desselben zu rechnen wäre; v. Hahn S. 3, 4; Go. S. 473 f. Irrthümlich in letzterer Hinsicht bayer. E.G. Art. 3; E.G. für Reuß j. L. 31[3].

Digitized by Google

kommt der Ausdruck Handelssachen an zwei anderen Stellen des H.G.B.'s vor;[3]) er bezeichnet hier die mit einem concreten Handelsgewerbe in Zusammenhang stehenden Rechtsverhältnisse, bezw. Rechtsstreitigkeiten.[4])

II. Eine Namhaftmachung der einzelnen Handelssachen ist im H.G.B. absichtlich unterblieben. Man hielt mit Recht eine erschöpfende Bezeichnung der hieher gehörigen Rechtsverhältnisse für unmöglich, eine blos exemplificirende Aufzählung für überflüssig und bedenklich.[5]) Es entspricht daher nicht dem Standpunkt des H.G.B.'s, wenn mehrere Landeseinführungsgesetze in der Absicht einer Ergänzung desselben die Handelssachen speciell aufführen.[6]) Sofern derartige Aufzählungen eine Beschränkung des im H.G.B. zu Grunde liegenden Begriffes enthalten, sind sie durch Art. 2 des Reichsgesetzes vom 5. Juni 1869 außer Kraft gesetzt.[7]) Dies gilt indeß nur von denjenigen Einführungsgesetzen, die den Begriff der Handelssachen im Sinne des H.G.B.'s declariren wollen, nicht von denen, die ihn lediglich zu prozessualischen Zwecken, namentlich mit Rücksicht auf die

---

[3]) Art. 9: Eine Handelsfrau kann in Handelssachen selbständig vor Gericht auftreten. — Art. 34: Ordnungsmäßig geführte Handelsbücher liefern bei Streitigkeiten über Handelssachen in der Regel einen unvollständigen Beweis.

[4]) Diese Bedeutung ist eine Anwendung des im Eingang des § hervorgehobenen allgemeinen Begriffs der Handelssachen. Im Sinne der Art. 9 und 34 sind Handelssachen alle Rechtsverhältnisse, die mit dem Gewerbebetrieb der Handelsfrau, bezw. der streitenden Parteien in Zusammenhang stehen, mit Ausnahme derer, die auf Immobilien Bezug haben. — Die vorstehenden drei Stellen (Art. 1, 9 und 34) sind die einzigen, in denen das H.G.B. den Ausdruck Handelssachen gebraucht; für das H.G.B. kommen demnach die zweite und dritte der hervorgehobenen Bedeutungen allein in Betracht. — Abweichende Definitionen bei den Anm. 1 Angeführten. — Synonyme Wendungen im H.G.B. Go. § 43a Anm. 17.

[5]) S. den Zus. am Schluß des §.

[6]) Thöl (4. Aufl.) S. 67 bemerkt treffend, daß das H.G.B. dadurch nicht ergänzt, sondern eingeschränkt oder erweitert oder bestätigt wird. Die Einführungsgesetze, die solche Aufzählungen enthalten, s. bei Go. § 43a, Anm. 5, 25, 26; v. Hahn, Comm. zu Art. 1 §§ 6 ff.

[7]) Weil eine Abänderung des H.G.B.'s enthaltend, Go. a. a. O. S. 477. Ein Widerspruch zwischen den Einführungsgesetzen und dem H.G.B. ist selbstverständlich nur möglich, sofern die Aufzählung der ersteren erschöpfend und nicht blos exemplificirend sein soll. Ist der Kreis der Handelssachen in den Landesgesetzen weiter gezogen, als er nach dem H.G.B. anzunehmen ist, so liegt keine Aenderung des letzteren, sondern eine statthafte Ausdehnung seiner Bestimmungen vor.

Digitized by Google

Competenz der Handelsgerichte feststellen.[8]) Eine Aufzählung der Handelssachen im prozessualischen Sinn, Behufs Feststellung der Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts, enthielt auch das Reichsgesetz vom 12. Juni 1869, ebenso giebt eine solche das Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich, um die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen zu regeln.[9])

III. Neuere Reichsgesetze haben gewisse Rechtsstreitigkeiten im Sinn der Reichs- und Landesgesetze, also auch des H.G.B.'s für Handelssachen erklärt.[10]) Auf derartige Streitsachen finden sowohl hinsichtlich des Verfahrens wie hinsichtlich der materiellen Beurtheilung die für Handelssachen maßgebenden Grundsätze des Reichs- und Landesrechtes Anwendung. Der aus dem H.G.B. sich ergebende Begriff der Handelssachen ist hierdurch theils bestätigt, theils erweitert worden[11])

---

[8]) Go. Anm. 29, v. Hahn § 10 a. a. O. Eine Reihe von Einzelgesetzen enthält Vorschriften über Handelssachen, entweder ohne eine Definition derselben zu geben oder im Hinblick auf die in den betr. Gesetzen enthaltene Aufzählung der Handelssachen im Sinne des Art. 1 H.G.B.'s (z. B. Preuß. E.G. 8, 14, 44). Erscheint in letzterem Fall die Aufzählung als eine Beschränkung des im H.G.B. zu Grunde liegenden Begriffs, so muß sich nach Art. 2 des Reichsges. vom 5. Juni 1869 auch für derartige Bestimmungen eine weitere Anwendbarkeit ergeben. Vgl. übrigens Go. Anm. 12—16.

[9]) Reichsges. vom 12. Juni 1869 § 13; Gerichtsverf.Ges. § 101. — Mit der Einführung des letzteren sind sowohl das eben genannte Reichsges. wie die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit der Handelsgerichte außer Anwendung getreten.

[10]) Reichsges. über den Markenschutz vom 30. Novbr. 1874 § 19: Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch auf Grund dieses Ges. erhoben wird; — Reichsges. v. 11. Januar 1876, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, § 15: Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, in welchen auf Grund der Bestimmungen dieses Ges. eine Klage wegen Entschädigung, Bereicherung oder Einziehung angestellt wird —; Reichsbankges. vom 14. März 1875 § 50: Der Rechtsstreit (über die Entziehung der Befugniß zur Notenausgabe) gilt im Sinne der Reichs- und Landesgesetze als Handelssache. — Wenn diese Bestimmungen und auch Art. 34 H.G.B.'s bei dem Ausdruck Handelssachen lediglich Streitsachen ins Auge fassen, so muß man sich doch davor hüten, mit Koch die Handelssachen' allgemein als gleichbedeutend mit Handelsrechtsstreitigkeiten anzusehen; dagegen namentlich Hoffmann a. a. O. Die beiden zuerst genannten Gesetze sind übrigens offenbar zu eng gefaßt.

[11]) Eine solche Erweiterung enthält namentlich die Bestimmung des Reichsbankges. — Mittelbare Erweiterungen ergeben sich aus den Gesetzen, durch die die Begriffe der Handelsgeschäfte und des Kaufmannes über das H.G.B. hinaus ausgedehnt werden.

Digitized by Google

Zusatz. — A. Fremde Gesetzgebung. Das französische Recht kennt den Begriff der Handelssachen lediglich im processualischen Sinn, als derjenigen Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit, die vor die Handelsgerichte gehören (contestations commerciales). Bezeichnet sind dieselben art 631—635. Zu ihnen gehören insbesondere, aber nicht ausschließlich, die Streitigkeiten aus den art. 632, 633 aufgeführten actes de commerce. Die letzteren sind daher, ebenso wenig wie nach unserem Recht die Handelsgeschäfte, identisch mit den Handelssachen. (Co. 12, der unserem Art. 34 entspricht, hat den Ausdruck faits de c.) — In den Entwürfen zum Co. waltete der ausschließlich processualische Gesichtspunkt noch nicht vor, Go. I S. 437 Anm. 13, und ebenso hat sich ihm die Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen in dieser Hinsicht nicht angeschlossen. Holl. 3—5 bringt den Begriff der Handelssachen (zaken van koophandel) in Verbindung mit dem Kaufmannsbegriff; es gehören dahin a) die Rechtsverhältnisse aus daden van koophandel, b) die im Art. 5 bezeichneten Rechtsverhältnisse der See- und Binnenschifffahrt (Zusammenstoß von Schiffen, Bergung und Hülfsleistung, Haverei). — In gleicher Weise unterscheidet Port. 203—205 zwischen materias und actos commerciaes; nur ist die systematische Stellung der betreffenden Bestimmungen insofern eine andere, als sie sich hier zwar ebenfalls an die Lehre von den Handelspersonen anschließen, aber am Schluß derselben einen eigenen Titel bilden (Part. I Liv. I Tit. 3 dos actos commerciaes e su competencia). — Im spanischen G.B. fehlt, wenigstens in den ersten vier Büchern, jede Definition der Handelssachen, sie heißen art. 53: asuntos mercantiles, im Publ.-Patent materias y asuntos mercantiles, in der ley de enjuciamiento (oben S. 32) negocios y causas de commercio; Kompetenzbestimmung: art. 1029. — Italien 2, 3 und Belgien 2, 3 bestimmen gleich dem holländischen G.B. die actes de c. in unmittelbarem Anschluß an den Begriff des Kaufmanns, aber ohne zugleich einen weiteren Begriff der Handelssachen aufzustellen; Competenz der Handelsgerichte Ital. 723; Belgien: Gesetz vom 25. März 1876 art. 12 (Namur III p. 586). — Ungarn 1 schließt sich ganz an das deutsche H.G.B. an.

B. Entwürfe. Pr. bedient sich des Ausdruckes Handelssachen in Art. 1 und 34, die den gleichen Artikeln des H.G.B.'s entsprechen, unser Art. 9 ist erst in E. I (als Art. 7) hinzugekommen. Eine Definition der Handelssachen findet sich nicht, der vorausgesetzte Begriff ist in beiden Artikeln derselbe wie im H.G.B. — Die in 3. Les. angeregte Aufnahme einer Bestimmung darüber, was als Handelssache anzusehen sei, wurde mit großer Majorität abgelehnt, z. Th. aus unzutreffenden Gründen, Prot. 5058, dazu Go. I S. 477 Anm. 22. Von den übrigen Entwürfen rechnet W. Art. 2 zu den Handelssachen 1) die Rechtsverhältnisse des Handelsstandes, insbesondere der Handelsgesellschafter; 2) die Rechtsverhältnisse bei Handelsgeschäften; letztere werden speciell im Art. 3 aufgeführt. Er. und Or. bestimmen nur den Begriff der Handelsgeschäfte, Om. auch nicht einmal diesen. Er. braucht den Ausdruck Handelssachen an einer Stelle, aber ohne ihn näher zu bestimmen, Tit. 1 Art. 9: „Die seerechtlichen Verhältnisse, welche Handelsgeschäfte oder Handelssachen sind, bestimmt das Seerecht". Zu denken ist dabei wohl an ähnliche Rechtsverhältnisse wie in Holl. 5 und Port. 205.

Digitized by Google

§ 16.

II. Die Rechtsnormen für Handelssachen.

1. Im Allgemeinen.

Das Handelsrecht als das besondere Recht für Handelssachen geht dem allgemeinen bürgerlichen Recht vor.[1]) Dasselbe ist theils gesetzliches Recht, theils in Handelsgebräuchen sich kundgebendes Gewohnheitsrecht, theils unmittelbar aus der Natur der Sache und aus den dem Handelsverkehr eigenthümlichen Rechtsprincipien herzuleitendes Recht. Den Haupttbestandtheil des in Deutschland geltenden gesetzlichen Handelsrechts bildet gegenwärtig das deutsche H.G.B.

---

[1]) Art. 1, Wortlaut s. § 15. — Die hier festgestellte Rangordnung: H.G.B., Handelsgebräuche, bürgerliches Recht, erschöpft den Inhalt des Handelsrechts schon deswegen nicht, weil neben dem H.G.B. noch mannigfach anderes gesetzliches Handelsrecht, Landesrecht und Reichsrecht, besteht (s. folg. §). Ueberdies hat es nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen, die dritte der oben bezeichneten Kategorien von Rechtssätzen auszuschließen.

Zusatz. — Von den fremden Gesetzbüchern enthält der Co. keine allgemeine Bestimmung über die Rechtsquellen; eine speceielle hierher gehörige Vorschrift ist Co. 18: „Der Gesellschaftsvertrag regelt sich nach dem bürgerlichen Recht, den besonderen Handelsgesetzen (lois particulières au commerce) und den Verabredungen der Parteien.“ Namur II. 800 bemerkt mit Recht, daß diese Reihenfolge, die übrigens keine Rangordnung sein soll, renverse l'ordre logique des idées. Daß die Bestimmungen des H.R.'s dem bürgerlichen Recht vorgehen, wird im Code civil mehrfach, wenngleich ebenfalls nur in Anwendung auf einzelne Rechtsverhältnisse ausgesprochen, z. B. art. 1107, 1153, 1341, 2084. Die ersteren werden in diesen Stellen als lois relatives au c., règles particulières au c., lois et règlements qui concernent les matières du c. bezeichnet. Von den Handelsgebräuchen (usages du c., usages commerciaux; der Ausdruck usance bezieht sich lediglich auf Usowechsel, Co. 129 ss.) ist in keiner derselben die Rede; daß sie aber im Sinne der französischen Gesetzbücher auch da zu subintelligiren sind, wo lediglich der „Handelsgesetze“ Erwähnung geschieht, ergiebt sich aus einer Vergleichung des angef. art. 18 mit Code civil art. 1873 (am Schluß des vom Gesellschaftsvertrag handelnden Titels): „Die Bestimmungen des vorstehenden Titels finden auf die Handelsgesellschaften nur insoweit Anwendung, als sie nicht mit dem lois et usages du c. in Widerspruch stehen.“ Eine Bestätigung hierfür enthält ein Gutachten des franz. Staatsraths vom 13. Dezember 1811, welches besagt que les tribunaux du c. doivent juger les questions particulières qui se présentent, suivant leur conviction d'après les termes et l'esprit du Code (de commerce) et en cas de silence de sa part d'après le droit commun et les usages du c. — Ueber dieses Gutachten, welches zu einer Zeit ergangen, wo, nach Massé, ce corps avait en quelque sorte la

Digitized by Google

puissance législative, aber nicht in der bulletin des lois aufgenommen worden ist, sowie überhaupt über die Bedeutung der Handelsgebräuche nach französischem Recht vgl. Pard. II. 191; Massé I. 82, 83; III. 1441; Lyon I. 45, 46; Namur I. 19; über die Codification der den Handelskauf betreffenden Handelsgebräuche s. unten § 18 Anm. 17. Auf demselben Standpunkt wie der französische steht auch der revidirte belgische Code. Eine Bestimmung über die Rangordnung der Rechtsquellen fehlt auch hier, ebenso eine allgemeine Anerkennung der Handelsgebräuche. Dem Co. 18 entspricht Belgien Tit. 9 Art. 1 [2], nur mit umgekehrter Reihenfolge der Rechtsnormen; die angeff. Bestimmungen des Code civil gelten in Belgien unverändert. In Betracht kommt daselbst noch art. 2 des Gesetzes vom 16. Juli 1849 betreffend den Gütertransport auf Staatsbahnen, nach welchem die Handelsgerichte in den einschlägigen Processen d'après les lois et usages en matière de commerce entscheiden sollen. Namur I. 19, 75. — Nach Baden 1 [6] soll der Richter befugt sein, die Handelsgesetze, sofern sie vom bürgerlichen Recht abweichen, vermöge der Rechtsähnlichkeit auch auf „unausgedrückte Fälle" anzuwenden. In anderen als Handelssachen ist die Rechtsähnlichkeit auf Grund des Handelsgesetzes nur da gestattet, wo dasselbe mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts übereinstimmt. — Holland 1 [1] beschränkt sich darauf, neben dem H.G.B. das bürgerliche G.B. als subsidiäre Quelle in Handelssachen zu bezeichnen. Ueber die Geltung der Handelsgebräuche nach holländ. Recht Holtius I. bl. 47; de Wal I. bl. 40, 41. — Aus dem Span. H.G.B. gehört nur Art. 234 hierher: Die Handelscontracte sollen nach bürgerlichem Recht beurtheilt werden, insoweit nicht die besonderen Handelsgesetze Abweichungen enthalten. — In Port. entspricht Art. 1 dem holländ., Art. 244 dem span. H.G.B.; außerdem finden sich daselbst Verweisungen auf die Handelsgebräuche Art. 246 (Handelsgesellschaften), auf die Börsenusancen Art. 789 (Provision des Commissionärs) und Art. 1698 (Genehmigung der Versicherung für fremde Rechnung). Handelsgebräuche als Interpretationsmittel von Verträgen erwähnt Art. 256. — Italien 89 bestimmt: „Die Handelscontracte regeln sich nach den besonderen Gesetzen des Handels, den Handelsgebräuchen und dem bürgerlichen Gesetzbuch." Hierzu Vidari I. No. 62—73. Das Progetto von 1877 schließt sich im Art. 1 unserem H.G.B. an, mit dem Zusatz, daß Ortsgebräuche, gli usi locali, den allgemeinen Handelsgebräuchen vorgehen; Art. 2 hält die besonderen Bestimmungen in Betreff der Börsen, Messen, öffentlichen Lagerhäuser und sonstigen Institute des Handelsverkehrs aufrecht. — Ebenfalls mit dem D. H.G.B. stimmt überein Ungarn 1. — Von den Entwürfen enthält Er. keine hierher gehörige Bestimmung, dagegen ist Art. 1 in Pr. und E. I wesentlich, in E. II vollständig gleichlautend mit unserem H.G.B. (Abweichend in Pr. ist „die anerkannten Handelsgebräuche" s. unten § 18 Anm. 2, in beiden Entwürfen die Erwähnung der „allgemeinen bürgerlichen Ge-Gesetze" statt des „allgemeinen bürgerlichen Rechts"). — W. 1 verweist, ähnlich wie Baden, „wo der Buchstabe (des H.G.B.'s) nicht entscheidet", auf Rechtsähnlichkeit, wenn diese im Stich läßt, auf das allgemeine bürgerliche Recht. Die beiden österr. Entwürfe (Om. 1, 2; Or. 1, 6) folgen dem holl. H.G.B.: insoweit das H.R., d. h. der Inbegriff der besonderen gesetzlichen Vorschriften für Handelssachen, keine Bestimmungen enthält, soll auf das b. G.B. zurückgegangen werden.

Digitized by Google

§ 17.

2. Im Einzelnen.

a. Das gesetzliche Handelsrecht, insbesondere das Handelsgesetzbuch.

I. Der Inhalt des H.G.B.'s gilt als principales Recht in Handelssachen. Die in demselben enthaltenen Rechtssätze gehen sowohl den Handelsgebräuchen wie dem allgemeinen bürgerlichen Recht vor. Ausnahmen finden nur da statt, wo das Gesetz selbst sich eine blos subsidiäre Geltung beilegt.[1])

Anspruch auf principale Geltung hat der Gesammtinhalt des H.G.B.'s. Also sowohl diejenigen Rechtssätze, die einen absoluten, wie diejenigen, die einen blos vermittelnden Charakter haben.[2]) Ferner nicht blos die im Gesetz ausdrücklich ausgesprochenen Rechtssätze, sondern ebenso alle, die sich vermittelst der Auslegung als in seinen Bestimmungen enthalten oder mit denselben gegeben darthun lassen.[3])

II. Für die Auslegung des H.G.B.'s sind die gewöhnlichen Interpretationsregeln maßgebend. Von einem Festhalten an stricter Interpretation, wie sie von den römischen Juristen für das jus singulare gefordert wird, kann hier schon deswegen keine Rede sein, weil das im H.G.B. codificirte Recht zwar ein Specialrecht für eine besondere Art des Verkehrs, aber keineswegs ein Ausnahmerecht im Sinne einer Abweichung von der juristischen Consequenz ist.[4])

---

[1]) Ausnahmen zu Gunsten des Handelsgebrauchs Art. 326, 334 [2], 352, 369 [2]; der Ueblichkeit Art. 899 [2], des Ortsgebrauchs Art. 80, 351, 371 [2], 394 [1], [2]; örtlicher Verordnungen oder des Ortsgebrauchs Art. 82 [1], 83, 562, 569, 576, 594, 596; zu Gunsten des „bürgerlichen Rechts", der „Landesgesetze", der „in den einzelnen Staaten geltenden Bestimmungen" Art. 288, 308, 312 [2], 345 [3], 470 [2]; zu Gunsten von Specialgesetzen Art. 5 [2], 312 [1], 331, 349 [4], 421 [2], 479. — Vorbehalt für die künftige Landesgesetzgebung zur Abänderung des H.G.B.'s Art. 70 [3], 84 [2], [3], (122), 567. Vgl. § 18 Anm. 2.

[2]) Go. I S. 363. — Vgl. auch den folg. §.

[3]) v. Hahn Art. 7 § 11.

[4]) L. 14—16 D. de leg. (1. 3); L. 141 pr. D. de R. J. (50. 17); Go. S. 307 ff., v. Hahn a. a. O. Stricte Interpretation fordert mit Unrecht ein Erk. des O.A.G. Dresden (Bu. 18. 385); richtiger das Z. 8. 527 mitgetheilte Erk. — Das R.O.H.G. steht durchaus auf dem im Text vertretenen Standpunkt. Beispiel einer extensiven Interpretation R. 18. 65 (S. 240), andererseits Ablehnung derselben bei Bestimmungen, denen kein allgemeines Princip zu Grunde liegt, R. 19. 46 (138); 20. 57 (195). Vgl. auch Bu. 1. 13, 113. — Ueber die Bedeutung der Analogie für das H.R. s. § 20.

Digitized by Google

III. Bestritten ist, welche Bedeutung den dem H.G.B. zu Grunde liegenden Materialien, insbesondere dem Preußischen Entwurf nebst seinen Motiven, sowie den Protokollen der Nürnberger Commission als Interpretationsmittel beizumessen ist.[5]) Diese Frage ist theils allgemeiner Natur, sofern dabei der Werth amtlich veröffentlichter Vorarbeiten[6]) für die Gesetzesauslegung überhaupt in Betracht kommt, theils bezieht sie sich speciell auf die Bedeutung der vorgenannten Materialien. In erster Hinsicht muß die Erwägung leitend sein, daß zwar jede Interpretation die Aufgabe hat, den fertigen, im Gesetz ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers zur Geltung zu bringen, daß es aber, um denselben festzustellen, sehr häufig geboten ist, seiner Entstehung nachzugehen.[7]) In letzterer Beziehung ist daran festzuhalten, daß überall, wo es im H.G.B. auf den Willen und die Absicht des Gesetzgebers ankommt, derjenige Wille und diejenige Absicht entscheiden müssen, die für die Nürnberger Commission ausschlaggebend gewesen sind. Denn diese Commission war „zur Entwerfung und Vorlage eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für die deutschen Bundesstaaten" berufen und das aus ihren Berathungen hervorgegangene Gesetzbuch als solches haben sowohl die einzelnen Staaten[8]) wie demnächst das Deutsche Reich sich angeeignet.[9])

---

[5]) Go. I § 34 (S. 311 ff.); Ders. Z. 10. 40 ff., v. Hahn S. XLVIII ff., Thöl I § 21; Schlesinger in gött. gel. Anz. 1864 Stück 50 S. 1968 ff.; auch Z. 12. 191. Weitere Literaturangaben, auch über die allgemeine Seite der Frage bei Go. a. a. O. Anm. 16.

[6]) Den Charakter einer amtlichen Veröffentlichung hat nicht blos die Folioausgabe, sondern auch die in den Buchhandel gekommene Oktavausgabe der Protokolle; oben S. 61. Ebenso kommt derselbe der Publikation des Preuß. Entwurfs von 1857 wie auch des Reichsentwurfs von 1849 zu.

[7]) Nicht mit Unrecht spricht Go. S. 316 dieser allgemeinen Seite der Frage „für besonnene Richter und Schriftsteller" jede praktische Bedeutung ab.

[8]) Sämmtliche Einführungsgesetze wollen durch die Annahme des H.G.B.'s gemeinsames Recht schaffen. In den Eingangsformeln wird dieses Motiv theils ausdrücklich betont (Oesterreich, Sachsen, beide Mecklenburg), theils implicite dadurch anerkannt, daß das einzuführende G.B. als „das allgemeine deutsche H.G.B." oder „der Entwurf eines allgemeinen deutschen H.G.B.'s" bezeichnet wird. Mit dem Zweck der Rechtsgemeinschaft aber ist selbstverständlich ein Sonderstandpunkt bei der Auslegung unvereinbar. Eine Ausnahme war (bis zum Reichsgesetz vom 5. Juni 1869) nur hinsichtlich derjenigen Bestimmungen zu machen, die in einem Landeseinführungsgesetz in einem bestimmten Sinn declarirt waren, oder hinsichtlich deren der einzelstaatliche Gesetzgeber unzweideutig zu erkennen gegeben hatte, daß er sie in einem bestimmten Sinn verstanden wissen wolle. — Vgl. auch Go. S. 312 ff.

Digitized by Google

In Bezug auf die Art der Benutzung lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen.[10] Zu warnen ist vor einer einseitigen Verwerthung der Protokolle. Das Zurückgehen auf die Materialien gewährt, wie überhaupt bei gesetzlichen Bestimmungen so auch beim H.G.B., einen sicheren Anhalt für die Interpretation nur dann, wenn die Entstehungsgeschichte des zu interpretirenden Gesetzes im Zusammenhang erwogen wird.[11] Insbesondere ist aus der Annahme von Anträgen seitens der Nürnberger Commission nicht immer zu schließen, daß die Mehrheit auch die Motive des Antragstellers

---

[9]) Auch im Reichsgesetz vom 5. Juni 1869 wird das H.G.B. als „das allgemeine deutsche H.G.B." bezeichnet. Dasselbe ist demnach in dem gleichen Sinn zum Reichsrecht erklärt, in welchem es bis dahin als gemeinsames Recht in den deutschen Bundesstaaten gegolten hatte. Ueber die Aufhebung der in den Landesgesetzen enthaltenen declarirenden Vorschriften in Folge der reichsgesetzlichen Einführung s. S. 78.

[10]) Als maßgebender Text gilt gegenwärtig der im Reichsgesetzblatt von 1869 Nr. 32 (als Anlage C. zum Ges. vom 5. Juni 1869) publicirte Wortlaut. (Für Elsaß-Lothringen ist mit dem Einführungsgesetz vom 19. Juni 1872 ein besonderer Text publicirt.) Ebenso hatten früher die Landeseinführungsgesetze anhangsweise einen amtlichen Text des G.B.'s mitgetheilt oder auf eine Separatveröffentlichung desselben verwiesen. Der gegenwärtige wie die früheren officiellen Texte sind nicht fehlerlos. Die Irrthümer in denselben sind theils aus dem Schlußentwurf der Nürnberger und bezw. Hamburger Conferenz, theils (wenn auch dieser irrthümlich ist) durch Zurückgehen auf die Protokolle zu verbessern. Beispiele: Art. 520, wo statt „auf bestimmte Zeit" (Text im Reichsgesetzblatt, ebenso der officielle preußische Text) mit dem Entw. zu lesen ist „auf unbestimmte Zeit"; — Art. 653 [2], wo nicht blos die officiellen Texte, sondern auch der Entwurf „Liegezeit" statt „Liegegeld" lesen, Thöl § 21, vgl. auch Lewis zu diesen beiden Artikeln und zu Art. 653 [2]: R. 5. 30 (132); 15. 32 (222).

[11]) Stoff zu einer authentischen Gesetzesauslegung bieten weder die Protokolle, noch die sonstigen Materialien dar, sie sind trotz ihres amtlichen Charakters nur wissenschaftlich zu verwerthende Hülfsmittel. Ueber die Schwierigkeiten, die sich bei ihrer Benutzung ergeben, vgl. insbesondere Thöl § 21; v. Hahn S. LV. Neben den hier hervorgehobenen Umständen ist darauf hinzuweisen, daß das Zurückgehen auf die Berathungen der Nürnb. Conferenz nicht selten auch deswegen ergebnißlos bleibt, weil die über die einzelnen Bestimmungen gepflogenen Erörterungen der erforderlichen Klarheit entbehren; der Vorwurf, den das bei Go. S. 313 Anm. 24 angef. Erkenntniß des O.A.G. Dresden den Protokollen in dieser Beziehung macht, ist in vielen Fällen nicht unbegründet. Gleichwohl sind die Protokolle einschließlich des Preuß. Entwurfs und der aus den Berathungen der Nürnb. Commission selbst hervorgegangenen Entwürfe Hülfsmittel, die bei der Auslegung des H.G.B.'s immer in erster Linie in Betracht kommen müssen. Die früheren Entwürfe, insbesondere Er. sind namentlich insofern wichtig, als sie zum Verständniß des Preuß. Entwurfs dienen.

Digitized by Google

und den Sinn, den dieser seinem Antrag beigelegt hat, gebilligt habe.[12])

IV. Das Verhältniß des H.G.B.'s zum früheren Recht bestimmt sich, abgesehen von positiven Vorschriften, nach den allgemeinen Grundsätzen über die derogatorische Kraft neuer Gesetze.[13]) Durch seine Einführung in den einzelnen deutschen Staaten ist alles bisher daselbst geltende Recht insoweit beseitigt, als es mit dem Inhalt desselben in Widerspruch steht.[14]) Das frühere gesetzliche Handelsrecht ist überdies beseitigt, soweit es Rechtsverhältnisse betrifft, die durch das H.G.B. geregelt sind.[15]) In letzterem Umfang sind insbesondere

[12]) Auch im Lauf der verschiedenen Lesungen hat bisweilen der unverändert beibehaltene Wortlaut eines Artikels eine veränderte Bedeutung erhalten, v. Hahn LV. Ebenso kommt es vor, daß Bestimmungen des Preuß. Entwurfs, obwohl dem Wortlaut nach unverändert, doch in einem anderen als dem ursprünglichen Sinn in das G.B. übergegangen sind. So findet sich z. B. die Bestimmung, daß der Handlungsgehülfe nicht ermächtigt ist, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Principals vorzunehmen, wörtlich gleichlautend in Pr. 53 [1] und im H.G.B. 58 [1], hat aber in Folge der Beseitigung des dort vorausgesetzten Gegensatzes zwischen Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen im H.G.B. eine andere Bedeutung als in Pr.; vgl. v. Hahn Vorbem. zu Buch I Tit. 5.

[13]) Mit dem Folgenden übereinstimmend Go. S. 295 ff., a. M. Thöl § 22. — Welches Gesetz ist lex posterior, wenn ein Gesetz später erlassen, aber früher in Kraft getreten ist als ein anderes? Die Frage wird praktisch in Bezug auf das Verhältniß der Reichsgewerbeordnung zum Reichsges. v. 5. Juni 1869. Erstere datirt vom 21. Juni 1869, ist aber (mit Ausnahme des dritten Titels) für den Nordd. Bund schon am 1. October 1869 in Kraft getreten, während das zuletzt genannte Gesetz erst am 1. Januar 1870 Gesetzeskraft erlangt hat. Ein anderes Beispiel s. in den Entsch. des Preuß. Ob.Trib.'s Bd. 80 S. 274 ff. — Das Ober-Tribunal betrachtet das Datum des Erlasses, Thöl (I. S. 280 Anmerk. 3) das Datum der Gesetzeskraft als maßgebend. Letzteres ist im Princip gewiß richtig; nur wird man in solchen Fällen mit der Annahme einer Beseitigung des später ergangenen Gesetzes etwas behutsam sein müssen, vgl. auch R. 17. 66 (S. 311 f.). — Einzelne Anwendungen der obigen Grundsätze R. 3. 6 (35); 5. 103 (436); 6. 97 (436); 14. 94 (298).

[14]) Ein Widerspruch ist auch dann vorhanden, wenn das frühere Recht einem zwar nicht direct im H.G.B. ausgesprochenen, aber durch Interpretation aus demselben ermittelten Rechtssatz widerspricht. — Vgl. Bu. 5. 105 (unrichtig); 10. 433.

[15]) Dies muß gegen Thöl deswegen angenommen werden, weil das H.G.B. keine bloße Zusammenfassung einzelner Bestimmungen, sondern eine Codification des H.R.'s ist. Der Standpunkt von Thöl, der auch das bisherige gesetzliche H.R. insoweit aufrecht erhalten will, als dasselbe mit dem H.G.B. nicht in Widerspruch steht, führt dazu, den Zweck dieses letzteren, die Herstellung eines gemein-

Digitized by Google

auch die bisherigen handelsrechtlichen Codificationen: das Handelsrecht des Allgemeinen Preußischen Landrechts und der Code de commerce aufgehoben.[16])

Eine Ausnahme macht das H.G.B. zu Gunsten der Wechselordnung, die ihrem ganzen Inhalt nach aufrecht erhalten ist, deren Bestimmungen daher auch bei einem etwaigen Widerspruch denen des H.G.B.'s vorgehen.[17]) Andere nicht so weit gehende Vorbehalte finden sich in einzelnen Artikeln des H.G.B.'s.[18])

Mannigfache hierher gehörige Bestimmungen enthalten die Landeseinführungsgesetze. Dieselben sind zum Theil Anwendungen, zum Theil aber auch Modificationen der vorstehenden Grundsätze, letzteres dann, wenn sie das bisherige Recht in weiterem Umfang aufrecht erhalten oder außer Kraft setzen, als hiernach anzunehmen sein würde. Landesgesetze, durch welche das bisherige Recht, den vorstehenden Grundsätzen entgegen, aufrecht erhalten wird, schließen eine Abänderung des H.G.B.'s in sich und sind daher durch das Reichsgesetz vom 5. Juni 1869 aufgehoben.[19])

---

samen H.R.'s völlig problematisch zu machen. Nicht in demselben Umfang sind dagegen die bisherigen Handelsgebräuche als beseitigt zu betrachten. Hierüber § 18 zu Anm. 16. — Beispiele von Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten, die durch das H.G.B. nicht geregelt sind, Go. S. 299 Anm. 26.

[16]) Von dem Preuß. Landrecht setzen Preußen (60) und Bayern (4) die §§ 457 bis 712 und 1305 bis 2404 Th. II Tit. 8 außer Kraft, d. h. sämmtliche bei Einführung des H.G.B.'s noch geltende handelsrechtliche Bestimmungen desselben (die hier nicht genannten § 713 bis 1304 enthalten das schon früher aufgehobene Wechselrecht), Preußen jedoch mit der Einschränkung, daß die das Versicherungsrecht betreffenden Vorschriften nur insoweit aufgehoben sein sollen, als sie sich auf die Versicherung gegen Seegefahr beziehen. (Hierzu R. 5. 2.) — Vom Code de commerce sind durch die Einführung des H.G.B.'s die beiden ersten Bücher beseitigt, nicht tangirt werden Buch 3 und 4. Ausdrücklich ausgesprochen ist die Aufhebung der ersten beiden Bücher in Preußen 60², Bayern 4², implicite in Hessen-Darmstadt und Hessen-Homburg (Meisenheim) 2, 3; Oldenburg (Birkenfeld) 42. Salvatorische Clauseln in Betreff einzelner Bestimmungen des Code enthalten das bayerische und die beiden hessischen Einführungsgesetze. — Von dem badischen Handelsgesetz beseitigt Baden 49 die Tit. 1 bis 8, läßt dagegen, insoweit sie durch das H.G.B. nicht abgeändert sind, fortbestehen Tit. 9 bis 12 (Handelszettel, Zahlungsunvermögen, Zahlungspflichtigkeit, Wiederbefähigung der Zahlungsunvermögenden).

[17]) H.G.B. Art. 2. — Prot. 451; 885, 4508; v. Hahn; v. Völderndorff; Go. S. 300 Anm. 32.

[18]) Oben Anm. 1 (Ausnahmen zu Gunsten von Specialgesetzen).

[19]) Eine Uebersicht über die Stellung der Landeseinführungsgesetze zum bis-

Digitized by Google

V. Seit dem eben genannten Reichsgesetz ist eine Abänderung des H.G.B.'s nur im Wege der Reichsgesetzgebung möglich.[20]) Dasselbe bestimmt zugleich, daß die Vorschriften der bei oder nach Einführung des H.G.B.'s ergangenen Landesgesetze insoweit in Kraft bleiben sollen, als sie „nur eine Ergänzung und nicht eine Abänderung des H.G.B.'s" enthalten. Diese Bestimmung ist nicht correct gefaßt, da der Gegensatz: Ergänzung oder Abänderung, den Inhalt der Landesgesetzgebung nicht vollständig bezeichnet. Als beseitigt sind zu betrachten außer den abändernden auch die declarirenden Vorschriften der Landesgesetze, während in Betreff aller übrigen der Fortbestand anzunehmen ist.[21])

VI. Die handelsrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetzgebung außerhalb des H.G.B.'s sind gleich diesem principales Recht und gehen ebenfalls sowohl den Landesgesetzen wie den Handelsgebräuchen vor.[22]) Ob der Vorrang vor den Handelsgebräuchen auch dem neben dem H.G.B. noch fortgeltenden handelsrechtlichen Inhalt der Landesgesetze zukommt, ist nach Landesrecht zu beurtheilen.

§ 18.

b. Handelsgebräuche.

Die Handelsgebräuche[1]) kommen nach Art. 1 des H.G.B.'s in

herigen Recht bei Go. S. 292[22] (vgl. auch vorstehend Anm. 16). Neben allgemeinen Regeln enthalten dieselben vielfach Specialbestimmungen über den Fortbestand oder die Aufhebung einzelner Gesetze. Auch derartige Specialbestimmungen sind, wenn sie das bisherige Recht in weiterem Umfang als nach den im Text entwickelten Grundsätzen aufrecht erhalten, durch das Reichsgesetz vom 5. Juni 1869 beseitigt, insofern nicht dieses selbst Ausnahmen macht. Nicht beseitigt sind dagegen Vorschriften der Landeseinführungsgesetze, durch welche das bisherige gesetzliche Recht über die obigen Grundsätze hinaus für aufgehoben erklärt wird.

[20]) Oben § 13 und die das. Angeff., Go. S. 293 ff.

[21]) Die Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf die einzelnen landesgesetzlichen Bestimmungen ist dem Richter überlassen, Beispiel: R. 5. 2 (13). Im § 3 des Reichsges. werden gewisse Vorschriften der Landesgesetze ausdrücklich als Ergänzungen des H.G.B.'s bezeichnet und unter dieser Bezeichnung aufrecht erhalten, während § 4 den das. genannten Bestimmungen auch, insofern sie Abänderungen des H.G.B.'s enthalten, Fortbestand zusichert. (§ 5 enthält eine transitorische Bestimmung.)

[22]) Folgt aus Art. 2 der Reichsverfassung.

[1]) Die nachfolgende Darstellung schließt sich der herrschenden Lehre an, die am eingehendsten durch Goldschmidt (I. § 35, 36) begründet, in einzelnen Punkten namentlich von Laband (Z. 17. 466 ff.) schärfer ausgeprägt ist. Auf

Digitized by Google

Handelssachen an zweiter Stelle zur Anwendung. Sie sind im Verhältniß zum H.G.B. eine subsidiäre Rechtsquelle, während sie dem allgemeinen bürgerlichen Recht vorgehen.

Unter den Handelsgebräuchen im Sinn dieser Bestimmung sind die in Gebräuchen des Handelsverkehrs sich kundgebenden Rechtsüberzeugungen der Handeltreibenden zu verstehen.[2]) Sie sind dem-

dem Standpunkt derselben stehen auch v. Hahn zu Art. 1 § 11, 12; Endem. § 6; Reyßner in Gruchot's Beitr. Bd. 15 S. 566, und, allerdings theilweise mit erheblichen Abweichungen, Thöl § 11—13. Eine andere Auffassung vertritt v. Gerber in der Abhandl. „über Handelsgebräuche" (Jur. Abhandl. XI, auch als Leipz. Decanatsprogramm erschienen 1871). Derselbe findet im Art. 1 zwei Rechtssätze ausgesprochen: neben der Bestimmung, daß das Handelsgewohnheitsrecht erst in Ermangelung von Vorschriften des H.G.B.'s zur Anwendung komme, also keine derogatorische Kraft habe, auch die, daß der Richter den Willen der Parteien nicht durch Berücksichtigung von Handelsgebräuchen ergänzen dürfe, welche mit einer Bestimmung des H.G.B.'s im Widerspruch stehen. (Gegen ihn insbesondere Laband a. a. O.) Noch anders v. Völdernd. S. 17 ff.; Zoll in Jher. Jahrb. 13 S. 453, die auch die im Text als Usancen bezeichneten Handelsgebräuche zu den Rechtsquellen im Sinne des Art. 1 rechnen. — Das Reichsoberhandelsgericht hat sich in seinen zahlreichen, auf Begriff, Erforderniße und Geltung der Handelsgebräuche bezüglichen Entscheidungen durchweg zu der im Text vertretenen Lehre bekannt. Hierher gehören insbesondere R. 1. 25 (92); 1. 60 (203 ff.); 1. 76 (269); 2. 37 (161); 3. 1 (1 ff.); 3. 55 (264); 4. 27 (137 f., 140); 4. 73 (353); 5. 7 (33 f.); 5. 30 (135 ff., 140); 5. 42; 6. 13 (78 ff.); 6. 78 (344); 6. 83; 6. 90 (401 f.); 7. 1; 8. 65; 9. 95 (327); 9. 102 (348); 9. 107 (375); 9. 108 (385); 9. 112 (412); 10. 15 (93); 10. 86 (381); 11. 1 (3); 11. 48 (143); 11. 81; 11. 86 (261 ff.); 11. 124; 12. 17 (58); 12. 18 (59 f.); 12. 94 (286); 12. 106 (339); 13. 98 (294); 13. 108 (342); 13. 117 (369); 13. 142; 14. 9 (28); 14. 87 (268 f.); 14. 97 (301); 14. 137 (427); 15. 34 (96); 15. 63 (221); 15. 71 (251); 15. 78 (282 f.); 16. 11 (36 f.); 16. 60 (215); 17. 32; 17. 72 (335); 17. 84; 19. 61 (189); 22. 28; 22. 32 (146).

[2]) Ueber die Redactionsgeschichte des Ausdrucks Handelsgebräuche im Art. 1 vgl. Go. S. 366 ff. In Pr. hieß es: die anerkannten Handelsgebräuche; die Nürnb. Conferenz, die sich nur in erster Lesung mit diesem Ausdruck beschäftigt hat, strich das Wort: anerkannten, lehnte den Antrag, statt Handelsgebräuche zu setzen Handelsgewohnheitsrecht, ab, ebenso auch alle sonstigen Anträge, welche auf eine nähere Bestimmung der in Anwendung zu bringenden Handelsgebräuche abzielten, Prot. S. 10 ff. In den Berathungen ist der Gegensatz zwischen Handelsgewohnheitsrecht und Handelsgebräuchen im weiteren Sinn nicht zu klarem Bewußtsein gekommen (Laband S. 500); derselbe ergiebt sich aber mit logischer Nothwendigkeit daraus, daß nach Art. 1 die Handelsgebräuche die Grundlage objectiver Rechtsnormen, nach Art. 279 dagegen nur ein Mittel zur Feststellung des Inhalts einer Willenserklärung sind. Eine Bestätigung hierfür gewähren, wie Laband richtig bemerkt, auch diejenigen Artikel des H.G.B.'s, die ausdrücklich auf die Handelsgebräuche oder, wo es auf die

Digitized by Google

nach identisch mit dem Handelsgewohnheitsrecht und ihre Anwendbarkeit ist an dieselben Erforderniſſe gebunden, wie die des Gewohnheitsrechts überhaupt. Indeß ist bezüglich dieser Erforderniſſe blos „die freie wissenschaftliche Theorie des gemeinen Rechts" maßgebend, „welche dem verständigen Ermessen des Richters den freiesten Spielraum läßt und nur als eine durch die Erfahrung bestätigte Anleitung dieses Ermessens erscheint" (Goldschmidt). Die beschränkenden Voraussetzungen, von denen die Partikularrechte die Geltung des Gewohnheitsrechtes abhängig machen, finden auf die Handelsgebräuche keine Anwendung.[3] Erforderlich ist demgemäß[4] 1) eine längere Zeit hindurch andauernde Uebung (Gewohnheit) in Handelssachen; 2) Uebung eines Rechtssatzes, sowohl hinsichtlich des Inhalts wie in Bezug auf die der Uebung zu Grunde liegende s. g. opinio necessitatis („der in der Uebung hervortretende Rechtssatz muß als ein bestehender geübt sein"); 3) Rationabilität der Uebung („der Gebrauch muß redlich und ehrbar sein, d. h. weder der Sittlichkeit, insbesondere Treu und Glauben, noch dem gemeinen Wohl zuwiderlaufen.")

Von den Handelsgebräuchen in diesem Sinn, den eigentlichen Handelsgebräuchen, sind diejenigen Gebräuche des Handelsverkehrs zu unterscheiden, bei denen das zweite der voraufgeführten Erforderniſſe

Gebräuche eines bestimmten Orts ankommt, auf die Ortsgebräuche verweisen, insofern dieselben neben den Handelsgebräuchen theils andere Rechtsquellen (besondere Gesetze, Ortsverordnungen), theils sonstige Mittel, den Parteienwillen im concreten Fall festzustellen, erwähnen und also ebenfalls auf die zweifache Art der Handelsgebräuche hinweisen. — Tritt der Begriff des Gewohnheitsrechts in den Protokollen nicht scharf hervor, so erhellt dagegen aus denselben unzweifelhaft die Absicht des Gesetzgebers, die Anwendbarkeit der Handelsgebräuche von den civilrechtlichen Grundsätzen über die Entstehung des Gewohnheitsrechts, d. h. von den beschränkenden Voraussetzungen, die die Partikularrechte in dieser Hinsicht aufstellen, unabhängig zu machen.

[3]) Die Ansicht von Thöl § 11, daß das H.G.B. weder an den gemeinrechtlichen noch an den partikularrechtlichen Erfordernissen des Gewohnheitsrechts etwas geändert habe (so auch Gerber S. 431), ist schon deswegen nicht haltbar, weil danach für die Rechtsgebiete der Particularrechte, die das Gewohnheitsrecht überhaupt nicht als Rechtsquelle anerkennen, von den Handelsgebräuchen ganz abgesehen werden müßte. Was Gerber hiergegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Die sächsische Praxis hat schon vor dem H.G.B. angenommen, daß die sonst bei Gewohnheiten erforderte Ausübung „binnen rechtsverjährter Zeit" (31 Jahr 6 Wochen 3 Tage) für Handelsgebräuche nicht nothwendig sei. Bu. 1. 705 ff.

[4]) Näheres über diese Erfordernisse Go. S. 327 ff.

Digitized by Google

nicht zutrifft, Uebungen, die nicht als ein Ausdruck der Ueberzeugung betrachtet werden können, daß das faktisch Geübte einem vorhandenen Rechtssatz entspricht.[5]) Auf diese Uebungen, die als Usancen, faktische Handelsgebräuche, Geschäfts- oder Handelssitte bezeichnet zu werden pflegen[6]), ist, sofern sie überhaupt einen juristischen Inhalt haben[7]), Art. 279 zu beziehen, daß hinsichtlich der Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen auf die „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche" Rücksicht zu nehmen ist. Im Gegensatz zu den eigentlichen Handelsgebräuchen kommen sie mithin nicht als objektive Rechtsnormen, sondern nur als ein Mittel zur Auslegung von Willenserklärungen in Betracht.[8])

Aus diesem Unterschied ergeben sich zwei Folgerungen[8a]): a) die Anwendbarkeit der eigentlichen Handelsgebräuche ist auf den Fall beschränkt, daß keine Vorschriften des H.G.B.'s vorhanden sind, wird mithin sowohl durch absolute wie durch vermittelnde Vorschriften desselben ausgeschlossen, wogegen die Usancen in der Regel wie Ver-

---

[5]) Beispiele dieser Art von Handelsgebräuchen sind insbesondere die regelmäßig wiederkehrenden Clauseln bei gewissen Handelsgeschäften, namentlich die „Bedingungen" der bei Börsengeschäften üblichen Schlußscheine. Diese Clauseln haben ihren Ursprung sehr oft nicht sowohl in der Ueberzeugung von dem Vorhandensein eines entsprechenden Rechtssatzes, als vielmehr in der Rücksicht auf entgegenstehende Rechtssätze, deren Anwendbarkeit im einzelnen Fall ausgeschlossen werden soll. Vgl. Go. S. 331 f. Anm. 25, 26, Laband S. 467 ff., Keyßner bei Gruchot 12 S. 466, die beiden letzteren namentlich auch über den genetischen Zusammenhang dieser Usancen mit dem individuellen Geschäftsbrauch einzelner Kaufleute (der s. g. subjectiven Usance).

[6]) Der Ausdruck Usance wird allerdings häufig auch gleichbedeutend mit Handelsgebrauch überhaupt, also auch zur Bezeichnung der eigentlichen Handelsgebräuche, verwendet. Der obige Sprachgebrauch wird namentlich bei Laband durchgeführt. Go. spricht von Usancen im weiteren und engeren Sinn und versteht, wie es scheint, unter letzteren die eigentlichen Handelsgebräuche.

[7]) Rein factischer Natur, auch dem Inhalt nach, und daher auch nicht als Interpretationsmittel von Willenserklärungen verwerthbar ist der äußere Geschäftsstil der Kaufleute (die äußere Einrichtung der kaufmännischen Bücher, die Formen der Buchführung, der Correspondenz u. dgl. Andere Beispiele bei Go. S. 330[24]).

[8]) Art. 279 findet zwar seinem Wortlaut nach nur auf Handlungen und Unterlassungen Anwendung und es kann fraglich erscheinen, ob dahin auch ausdrückliche Willenserklärungen gehören. Aus dem Zusammenhang mit Art. 278 ergiebt sich indeß, daß die Ausschließung derselben nicht dem Sinn des Art. 279 entspricht; vgl. R. 4. 73; 9. 102 (348); 11. 124 (410); 14. 135; 15. 71; 19. 61. Immerhin aber sind die Usancen nur ein Auslegungsmittel der Willenserklärung, nicht dagegen zur Ergänzung eines unvollständigen Willens zu benutzen, R. 11. 1.

[8a]) Am schärfsten präcisirt bei Laband S. 507 ff.

Digitized by Google

tragsbedingungen wirken und gleich diesen das vermittelnde Recht im einzelnen Fall abzuändern vermögen.[9]) b) Die eigentlichen Handelsgebräuche kommen als objektive Rechtsnormen ohne Rücksicht auf den Parteienwillen zur Anwendung[10]), während die Anwendbarkeit der Usancen auf der Voraussetzung beruht, daß das allgemein Gebräuchliche im concreten Fall auch wirklich gewollt sei, mithin da fortfällt, wo die Voraussetzung sich nicht als zutreffend erweist.[11])

Ein äußerer Unterschied besteht endlich darin, daß die eigentlichen Handelsgebräuche in allen Handelssachen, die Usancen dagegen nur, wenn es sich um Willenserklärungen bei Handelsgeschäften handelt, Anwendung finden[12]).

Im Folgenden sind, wenn von Handelsgebräuchen schlechthin die Rede ist, die eigentlichen Handelsgebräuche gemeint.

Darüber, ob die Zahl der nachgewiesenen Uebungsfälle sowie die Zeitdauer, während der die Uebung stattgefunden hat, ausreichend sind, um einen Handelsgebrauch anzunehmen, entscheidet das richterliche Ermessen.[13]) Festsetzungen von kaufmännischen Corporationen, Handelskammern oder sonstigen Organen des Handelsstandes über die Modalitäten der Eingehung und Regulirung von Handelsgeschäften sind an sich keine Handelsgebräuche, sondern nur dann,

---

[9]) Hiergegen namentlich v. Gerber a. a. O. Derselbe will durch die Bestimmungen des H.G.B.'s, mögen sie absoluter oder vermittelnder Natur sein, nicht nur das Handelsgewohnheitsrecht, sondern auch die Berufung auf die Usancen als ausgeschlossen ansehen. Dies ist in Bezug auf einzelne Bestimmungen des H.G.B.'s allerdings zutreffend (so z. B. gegenüber der Kündigungsfrist des Art. 61), aber keineswegs die Regel. Eine derartige Absicht des Gesetzgebers ist von vornherein nicht anzunehmen.

[10]) Ihre Anwendung braucht nicht gewollt zu sein. Wohl aber ist eine Ausschließung auch des Handelsgewohnheitsrechts durch den Parteienwillen zulässig, insoweit dasselbe vermittelnder Natur ist.

[11]) Es muß unter ausdrücklicher oder stillschweigender Bezugnahme auf die Usancen contrahirt, bezw. die Willenserklärung abgegeben sein. Bekanntschaft mit den Usancen, denen man sich unterwirft, ist nicht unbedingt erforderlich, vgl. u. A. R. 4. 27 (140); 6. 13 (78); 12. 106 (339); 13. 117 (370); 14. 97 (301); 16. 60 (215); 19. 61 (180); Bu. 23. 432 (O.Trib. Berlin 70).

[12]) Auch bei einseitigen Handelsgeschäften können die Usancen zur Auslegung von Willenserklärungen dienen. Bu. 36. 183. Ihre Anwendbarkeit ist ferner nicht blos auf diejenigen Willenserklärungen beschränkt, welche das Geschäft selbst zu Stande bringen, sondern erstreckt sich auf alle Willenserklärungen, die überhaupt auf ein Handelsgeschäft Bezug haben, z. B. auch auf Offerten, ratihabirende und bestärkende Willenserklärungen, vgl. Go. § 36.

[13]) Go. S. 328.


Digitized by Google

wenn sie thatsächlich die Richtschnur des Verkehrs bilden, und einer vorhandenen Rechtsüberzeugung entsprechen.[14])

Aus der nur subsidiären Anwendbarkeit der eigentlichen Handelsgebräuche folgt, daß dem H.G.B. sowohl die bei Einführung desselben bereits vorhandenen wie die später entstandenen oder in Zukunft etwa entstehenden Handelsgebräuche weichen müssen. Art. 1 verneint mithin zugleich die derogatorische Wirkung künftiger Handelsgebräuche gegenüber dem H.G.B.[15]) Andererseits sind auch die aus der Zeit vor dem H.G.B. stammenden Handelsgebräuche anwendbar geblieben, vorausgesetzt daß sie mit dem Inhalt des letzteren nicht im Widerspruch stehen.[16])

Dem äußeren Umfang nach können die Handelsgebräuche ein verschiedenes Geltungsgebiet haben. Sie können sich auf einen größeren oder kleineren örtlichen Kreis, auf den Handel im Allge-

---

[14]) Sowohl der eigentliche Handelsgebrauch wie die Usance bedürfen zu ihrer Existenz thatsächlicher Uebung, können also durch derartige Festsetzungen nicht unmittelbar begründet werden. Ebenso wenig ist es correct, diese als autonomisches Recht zu bezeichnen, da nach heutigem Recht den genannten Organen die Befugniß zu autonomischen Satzungen wohl nirgends mehr zusteht. Von Bedeutung sind solche Festsetzungen dagegen einerseits, insofern sie ein Zeugniß über bestehende Handelsgebräuche oder Usancen enthalten, andererseits sofern sie sehr häufig zur Entstehung von Usancen (seltener von eigentlichen Handelsgebräuchen) führen, indem sie dem Parteienwillen eine bestimmte Richtung geben. In letzterer Hinsicht sind namentlich die Formulare für Handels-, insbesondere Börsengeschäfte von Bedeutung. Treffend hierüber sowie gegen die auf eine Codification der Handelsgebräuche gerichteten Bestrebungen Kompe in Z. 8. 344 ff.; über das französ. Recht vgl. Anm. 17. — In Uebereinstimmung hiermit steht es, wenn das Reichs-Oberhandelsgericht bei der Auslegung von Schlußscheinbedingungen nicht sowohl den Sinn, den die Concipienten mit denselben verbunden haben, als vielmehr „die usuelle Interpretation der Personen, für deren Kreis die Normativbedingungen bestimmt sind", als maßgebend ansieht, R. 17. 84 (369).

[15]) A. M. Thöl § 22 (S. 76 f.), der erst der Erhebung des H.G.B.'s zum Reichsrecht und dem in Folge dessen auf dasselbe anwendbar gewordenen Art. 2 der Reichsverf. die obige Wirkung zuschreibt.

[16]) Die Praxis nimmt keinen Anstand, die Berufung auf Handelsgebräuche, die älteren Ursprungs sind als das H.G.B., zuzulassen, vgl. z. B. R. 11. 48. — Auch das bayerische Einf.ges. Art. 2, welches für Handelssachen die Handelsgebräuche insoweit aufhebt, „als das H.G.B. Bestimmungen enthält und nicht auf die Handelsgebräuche verweist", kann wohl nur in diesem Sinn verstanden werden, wenngleich es nach den Motiven den Anschein hat, daß eine Aufhebung in weiterem Umfang beabsichtigt war (Go. § 33 [21]). In Betreff der Frage, wann ein Widerspruch zwischen einem älteren Handelsgebrauch und dem H.G.B. anzunehmen ist, vgl. oben § 17 Anm. 14.

Digitized by Google

meinen oder auf einzelne Handelszweige erstrecken. Von besonderer Wichtigkeit für den Verkehr sind die Handelsgebräuche, deren Geltung nur auf einzelne Handelsplätze beschränkt ist (Ortsgebräuche, Platz-, Börsen-Usancen [17]).

Für die Geltendmachung und Ermittelung der Handelsgebräuche im Prozeß sind dieselben Grundsätze wie in Betreff des Gewohnheitsrechtes maßgebend. Danach hat der Richter die ihm bekannten Handelsgebräuche von Amtswegen anzuwenden; sind sie ihm unbekannt, so kann er das Vorhandensein derselben zum Gegenstand sowohl amtlicher Ermittelungen wie einer Beweisauflage an die Parteien machen.[18]) Die amtlichen Ermittelungen wie der Parteienbeweis können ebenso auf einzelne Uebungsfälle wie auf das Bestehen des Handelsgebrauches selbst gerichtet werden. In letzterem Fall dienen namentlich die Gutachten kaufmännischer Corporationen, Behörden oder auch einzelner Sachverständiger (die s. g. Pareres) als Beweismittel, deren Werth nach der Unbefangenheit und Sachkunde der Gutachter zu bemessen ist.[19])

In demselben Verhältniß wie zum H.G.B. stehen die Handelsgebräuche auch zu den sonstigen handelsrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetzgebung.[20])

Zusatz. Nach dem Port. H.G.B. 1011 Nr. 4 kann der Präsident des Handelstribunals zweiter Instanz nach Anhörung sämmtlicher Handelsgerichte des

[17]) Ueber dieselben vgl. namentlich die Anm. 14 angef. Abhandl. von Kompe. Zur Anwendung eines Handelsgebrauches ist es demnach stets erforderlich, sein Geltungsgebiet festzustellen. So auch O.Trib. Bd. 69, Bu. 20. 278. — Wenig im Einklang mit unseren Anschauungen steht das franz. Ges. concernant les usages commerciaux vom 13. Juni 1866 (Beil. zu Z. 12 S. 69 ff.), welches die Handelsgebräuche beim Kauf für ganz Frankreich einheitlich regulirt. Die hier festgestellten Regeln sind bei uns größten Theils den Lokalgebräuchen überlassen. Die franz. Praxis erkennt übrigens auch andere Gebräuche an, Z. 22. 529; Lyon I. 46 ss.

[18]) D. Civ.Proc.Ges. § 265 (durch dieselbe sind frühere Partikulargesetze ähnlichen Inhalts, z. B. bayer. E.G. 72; B. zum sächs. E.G. § 11; Braunschw. Ges. von 1850, Z. 4. 339) beseitigt. — Kann wegen Nichtanwendung oder nicht richtiger Anwendung eines Handelsgebrauchs Revision eingelegt werden? Die Frage dürfte trotz der Motive zu § 512 (Struckmann u. Koch zu diesem §) zu verneinen sein, da das Vorhandensein eines Handelsgebrauchs stets Gegenstand thatsächlicher Feststellung ist.

[19]) Go. S. 352 f.; Thöl § 13; Pard. V. No. 1377. — Auch Rechtssprüchwörter kommen als Ausdruck von Handelsgebräuchen vor; vgl. z. B. den Bu. 19 S. 33 angeführten Satz: „Was faul ist, wird durch die Wage verworfen."

[20]) Dies folgt aus Art. 2 der Reichsverfassung. In Betreff des Verhältnisses der Handelsgebräuche zu den Landesgesetzen s. § 17 a. E.

Digitized by Google

Landes auf Grund eines Beschlusses des Oberhandelsgerichts Handelsgebräuche bestätigen und mißbräuchliche Uebungen aufheben. Der Beschluß ist den Gerichten erster Instanz mitzutheilen. Widerspricht der Handelsgebrauch einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, so ist, falls seine Bestätigung empfehlenswerth erscheint, der Staatsregierung hiervon Mittheilung zu machen. Vgl. im Uebrigen in Betreff der fremden Gesetzgebungen Zus. zu § 17 und Anm. 17 zu diesem §.

§ 19.

c. Natur der Sache (Wissenschaftliches Handelsrecht) [1].

Die Normen für Handelssachen ergeben sich nicht allein aus Gesetz und Handelsgebrauch, sondern vielfach auch aus der Natur der Sache und aus den den Handelsverkehr beherrschenden Rechtsanschauungen, insbesondere aus der Anwendung, die derselbe von dem Princip von Treu und Glauben macht. Die Rechtssätze, die hieraus zu entnehmen sind, dürfen als Recht der Wissenschaft bezeichnet werden, weil sie, ohne daß ein entsprechendes Gesetz oder ein Handelsgebrauch vorhanden ist, also nur auf wissenschaftlichem Wege zu erkennen sind. Ebenso gehören zum Recht der Wissenschaft diejenigen Rechtssätze, die durch analoge Anwendung gesetzlicher Bestimmungen auf nicht unter das Gesetz fallende, aber rechtsähnliche Thatbestände gefunden werden (s. g. Rechtsanalogie). Indeß ist in all diesen Fällen die Wissenschaft keine Quelle, die Recht schafft, sondern nur ein Erkenntnißmittel, welches das vorhandene Recht aufweist. Auch das wissenschaftliche Handelsrecht im vorstehenden Sinne geht dem allgemeinen bürgerlichen Recht vor.

§ 20.

d. Bürgerliches Recht.

Allgemeines bürgerliches Recht, bürgerliches Recht[1]) nennt das H.G.B. das jus generale, welches in Handelssachen insoweit zur Anwendung kommt, als es für diese an besonderen handelsrechtlichen Bestimmungen fehlt. Die Ausdrücke beziehen sich auf alle nach dem betreffenden Landesrecht maßgebenden Rechtsnormen, also nicht bloß auf das gesetzliche, sondern auch auf das Gewohnheitsrecht, unter

---

[1]) Vgl. hierzu Go. § 34; Thöl § 16; Bekker Z. 16. 84.

[1]) Bürgerliches Recht z. B. Art. 288, 309, 345[3]; Landesgesetze Art. 8[2], 11, 42, 292[1], 304, 305[2], 308. Nicht dieselbe Bedeutung hat der Ausdruck Landesgesetze da, wo der Landesgesetzgebung Aenderungen oder Ergänzungen des H.G.B.'s vorbehalten sind, z. B. Art. 10, 84, 122, 173. Hier bedeutet er die Partikulargesetzgebung im Gegensatz zum allgemeinen (gemeinen) Recht des H.G.B.'s.

Digitized by Google

Umständen auch auf landesherrliche und sonstige Verordnungen; sie umfassen ferner ebensowohl gemeines wie partikuläres Recht (Territorial-, Provincial- und Lokalrechte).[2]) Wenngleich dem bürgerlichen Recht regelmäßig nur eine subsidiäre Anwendbarkeit in Handelssachen zukommt,[3]) so giebt es doch kein dem Handelsverkehr angehöriges Rechtsverhältniß, bei welchem nicht auf dasselbe zurückzugehen wäre.

§ 21.

Oertliche und zeitliche Grenzen für die Anwendbarkeit der Rechtssätze.[1])

Die örtlichen und zeitlichen Grenzen für die Anwendbarkeit der Rechtssätze bestimmen sich im Handelsrecht nach denselben Grundsätzen wie im bürgerlichen Recht. Namentlich gilt dies von der Anwendung und dem Beweis ausländischen Rechts.[2]) Die Landeseinführungsgesetze enthalten zahlreiche Bestimmungen über das Verhältniß des H.G.B.'s zum früheren Recht, die indeß, insoweit sie von den allgemeinen Grundsätzen abweichen, lediglich eine transitorische Bedeutung haben.

§ 22.

III. Die Handelsgeschäfte und der Kaufmann.

A. Das System des H.G.B.'s. Eintheilung der Handelsgeschäfte.

Im Anschluß an die Lehre von den Rechtsquellen sind die Be-

---

[2]) Mehrere Landeseinführungsgesetze bestimmen, daß der Ausdruck Landesgesetze das gesammte in den betreffenden Territorien geltende Recht umfassen soll (v. Hahn zu Art. 1 § 15 Anm. 36). Das Reichseinf.ges. § 3 B. 1 hat diese Bestimmungen ausdrücklich aufrecht erhalten. Nicht selbstverständlich ist die in denselben liegende Declaration des H.G.B.'s nur da, wo von den Landesgesetzen in der zweiten Anm. 1 hervorgehobenen Bedeutung die Rede ist.

[3]) Ausnahmen § 16 Anm. 1. Das jus generale, welches in Handelssachen zur Anwendung kommt, ist nicht das zur Zeit der Einführung des H.G.B.'s geltende, sondern das nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf das betreffende Rechtsverhältniß anwendbare Recht. Es gehört hierher also auch die spätere Landesgesetzgebung, arg. L. 26 D. de leg. (1. 3).

[1]) Go. § 38; Thöl § 17; Endem. § 9.

[2]) D. Civ.Proc.Ordn. 265. Aus der Praxis des R.O.H.G.'s namentlich die gründliche Erörterung in dem Erk. v. 28. April 1879 (R. 24. 15). Die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung eines dem fremden Recht angehörigen Rechtssatzes begründet nicht die Revision, vgl. oben § 19 Anm. 18, auch R. a. a. O. S. 57, 61 ff. — Berücksichtigung fremder Handelsgebräuche R. 6. 13 (76); 7. 1 (1 ff.); 12. 94 (287); 15. 109 (400); 21. 71 (227).

Digitized by Google

griffe der Handelsgeschäfte und des Kaufmanns zu erörtern. Die aus den Handelsgeschäften sich ergebenden Rechtsverhältnisse sind sämmtlich Handelssachen.[1] Ihre Bedeutung für das System des Handelsrechts besteht darin, daß durch sie der Umfang des Handelsbetriebs gesetzlich festgestellt wird und daß sie mittelbar auch dazu dienen, den Begriff der handeltreibenden Subjecte, d. h. des Kaufmanns zu bestimmen.

In letzterer Hinsicht ist hervorzuheben, daß das H.G.B. im Gegensatz zu früheren Entwürfen, aber in Uebereinstimmung mit den meisten außerdeutschen Gesetzgebungen[2] keine selbständige Definition des Kaufmanns enthält, sondern diesen Begriff lediglich mit Beziehung auf den der Handelsgeschäfte feststellt. Nicht im Einklang hiermit steht die neuere, das H.G.B. abändernde bezw. ergänzende Reichsgesetzgebung, durch welche gewisse Associationen ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Geschäftsbetriebs für Kaufleute erklärt oder denselben gleichgestellt werden.[3]

Der Kreis der Handelsgeschäfte ist im H.G.B. „limitativ" bestimmt:[4] es giebt keine Handelsgeschäfte außer den vom Gesetzbuch als solchen anerkannten. Eine analoge Anwendung der gesetzlichen Begriffsbestimmungen ist demnach unstatthaft. Indeß sind diese der Mehrzahl nach so weit gefaßt, daß von einer stricten Interpretation nicht die Rede sein kann. In einer Reihe von Fällen sind überdies nicht einzelne Geschäfte, sondern Gesammtkategorien von solchen als Handelsgeschäfte bezeichnet.

Nach dem H.G.B. gruppiren sich die Handelsgeschäfte in folgender Weise:[5]

---

[1]) Alle Handelsgeschäfte sind Handelssachen, nicht aber umgekehrt, oben § 15.

[2]) Vergleichende Zusammenstellung am Schluß d. §.

[3]) Unten § 25 S. 104.

[4]) Im französischen Recht controvers, Go. § 42 Anm. 26; s. auch Zus. am Schluß d. §.

[5]) Ueber das System des H.G.B.'s vgl. insbesondere Go. § 42; Thöl § 25. Letzterer tadelt den objectiven Ausgangspunkt des H.G.B.'s. „Das H.R. soll ein Gewerberecht sein; das Gewerbe ist es, was nach einem codificirten und besonderen Recht verlangt, nicht die vereinzelte Speculation. ... Jene absoluten Handelsgeschäfte sind eine mehr oder minder willkürliche Zugabe." — Aber, selbst wenn man dies zugiebt, so folgt daraus nichts gegen die Technik des Gesetzbuches. Er., Pr. und E. I., die auf dem Thöl'schen Standpunkt stehen, sehen sich nicht nur zu Wiederholungen genöthigt, indem sie die absoluten Handelsgeschäfte zunächst unter denjenigen Gewerben, durch welche die Kaufmannseigenschaft begründet wird (Art. 2), und sodann nochmals in einem späteren Artikel aufführen

Digitized by Google

1. Gewisse Geschäfte gelten stets, vermöge ihres objectiven Thatbestandes, als Handelsgeschäfte, gleichviel ob sie vereinzelt oder gewerbmäßig, in oder außerhalb einer kaufmännischen Thätigkeit ausgeführt werden, während andere nur dann zu den Handelsgeschäften gehören, wenn sie im Zusammenhang mit einer als Handelsgewerbe zu qualificirenden Thätigkeit stehen. Dies ist der Gegensatz zwischen objectiven oder absoluten und subjectiven oder relativen Handelsgeschäften, wobei nach dem System des H.G.B.'s die ersteren den Ausgangspunkt und mithin die Grundlage für die gesammte Eintheilung der Handelsgeschäfte bilden.

2. Die subjectiven Handelsgeschäfte zerfallen in zwei Unterarten, je nachdem der Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe dadurch hergestellt wird, daß sie selbst gewerbmäßig betrieben werden, oder daß sie als ein accessorischer Bestandtheil in dem auf andere Geschäfte gerichteten Gewerbe eines Kaufmannes erscheinen. Sie sollen hier durch die Ausdrücke Handelsgewerbegeschäfte[6]) und accessorische (abgeleitete) Handelsgeschäfte unterschieden werden.

3. Eine von einem anderen Eintheilungsmerkmal ausgehende Unterscheidung ist die in Grundgeschäfte und Hülfs- oder Nebengeschäfte. Sie beruht darauf, daß nicht alle Handelsgeschäfte sich dazu eignen, als Grundlage eines Handelsgewerbes zu dienen oder, m. a. W., selbst gewerbmäßig betrieben zu werden, daß vielmehr eine Anzahl derselben ihrer Beschaffenheit nach lediglich den Zweck haben kann, den Betrieb eines Handelsgewerbes möglich zu machen oder zu befördern. Zu den Grundgeschäften in diesem Sinne gehören die objectiven Handelsgeschäfte und die Handelsgewerbgeschäfte. — Auf ein concretes Handelsgewerbe bezogen, bezeichnet der Ausdruck Grundgeschäfte diejenigen Geschäfte, durch deren gewerbmäßigen Betrieb im einzelnen Fall die Kaufmannseigenschaft begründet wird. In dieser Bedeutung stehen ihnen die accessorischen Handelsgeschäfte gegenüber, zu denen zwar auch die Hülfsgeschäfte, aber nicht sie allein, gehören.

---

müssen (Er 7; Pr 212; E I. 234), sondern es entsteht hierbei auch, da keine vollständige Congruenz erzielt ist, Raum zu Zweifeln. So rechnen sämmtliche vorgenannte Entwürfe die Uebernahme ungedeckter Lieferungen zu den absoluten Handelsgeschäften, ohne daß dieses Geschäftes im Art. 2 Erwähnung geschieht. Im H.G.B. sind diese Uebelstände vermieden.

[6]) Thöl § 34: Gewerbshandelsgeschäfte. Handelsgewerbegeschäfte heißen bei ihm die dem Handelsgewerbe eines bestimmten Kaufmannes angehörenden Geschäfte.

Digitized by Google

4. Bei allen von einem Kaufmann abgeschlossenen Geschäften präsumirt das Gesetz für die Zugehörigkeit zum Handelsbetrieb. Eine verstärkte Vermuthung dieser Art tritt in Betreff der von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine ein. Insofern kann man von präsumtiven Handelsgeschäften sprechen, wenngleich es sich dabei nicht um eine besondere Art derselben, sondern um Regeln für die thatsächliche Prüfung des einzelnen Falles handelt.

5. Sofern jedes Geschäft eine Mehrheit von Contrahenten voraussetzt, ist die Möglichkeit vorhanden, daß der Charakter als Handelsgeschäft für sämmtliche Contrahenten oder nur für einen oder einzelne von ihnen zutrifft. Hierauf beruht der Gegensatz zwischen einseitigen und zweiseitigen Handelsgeschäften.

6. Gänzlich von dem Gebiet des Handelsrechts ausgeschlossen sind die Verträge über Immobilien.

Bei der Besprechung der einzelnen Handelsgeschäfte soll hier nachstehendes Schema zu Grunde gelegt werden:

1) Grundgeschäfte des Handels:
   a. objective Handelsgeschäfte (§ 26),
   b. Handelsgewerbegeschäfte (§ 27).
2) Accessorische Handelsgeschäfte (§ 28).

Demnächst ist die Bedeutung der vorerwähnten Präsumtionen (§ 29), sodann der Gegensatz zwischen zwei- und einseitigen Handelsgeschäften (§ 30) und die Begrenzung der Handelsgeschäfte durch die Ausschließung der Verträge über Immobilien (§ 31) zu erörtern. Voranzuschicken aber ist eine Feststellung der Begriffe des gewerbmäßigen Betriebs und des Kaufmanns im Sinne des H.G.B.'s (§ 23—25).

Zusatz. Die nachstehende Vergleichung, bei der von Einzelheiten abgesehen wird, ergiebt, daß das System des H.G.B.'s nicht nur den Entwürfen gegenüber einen Fortschritt bezeichnet, sondern auch klarer und den Verkehrsverhältnissen entsprechender ist als die abweichenden Systeme fremder Gesetzgebungen.*) — A. Entwürfe. Am weitesten vom System des H.G.B.'s entfernt sind W. und Om. — W. macht als Handelsgeschäfte außer dem „gewerblichen Verkehr des Handelsstandes" sechs Kategorien von Geschäften namhaft, die nach

*) Ueber das frühere Recht vgl. Go. § 42. 43. Das A.L.R. II. 8 § 475 ff. bestimmt: „Wer den Handel mit Waaren oder Wechseln als sein Hauptgeschäft treibt, wird ein Kaufmann genannt," verlangt aber an den Orten, wo Kaufmannsgilden oder Innungen bestehen, entweder Aufnahme in dieselben oder besondere staatliche Concession zum Handelsbetrieb. Den Kaufleuten gleichgestellt sind Unternehmer von Fabriken und Schiffsrheder. Die Nothwendigkeit des Beitritts zur Kaufmannsinnung bestand indeß nur für diejenigen acht Städte (Berlin, Stettin, Magdeburg, Tilsit, Königsberg, Danzig, Memel, Elbing), deren kauf-

Digitized by Google

der oben zu Grunde gelegten Eintheilung theils objective Handelsgeschäfte, theils Handelsgewerbegeschäfte sein würden (Art. 2). Handelsmann ist, wer nach gehöriger Eintragung in die Matrikel ein Handelsgewerbe für eigne Rechnung treibt; ferner gehören dahin die auf Gewinn berechneten Actienvereine (Art. 4). Als Handelsgewerbe gilt jede Unternehmung von Handel und Fabriken, welche unter diesem Namen der Gewerbesteuer unterliegt (Art. 9). Der für das Handelsrecht maßgebende Begriff des Kaufmanns ist demnach nicht nur von dem formalen Erforderniß der Eintragung, sondern auch von dem Inhalt des Steuergesetzes abhängig. (Ueber letzteres vgl. Motive S. 26.) — Das Erforderniß der Eintragung stellt auch Om. auf: Handelsleute sind diejenigen, die erlaubter Weise Handel gewerbmäßig treiben oder durch Andere in ihrem Namen treiben lassen und gerichtlich protokollirt sind, sodann nach Maßgabe besonderer Vorschriften Besitzer von Fabriken und anderen auf Gewinn gerichteten Unternehmungen (Art. 3, 4). Eine Definition des Handelsbetriebs fehlt gänzlich; ebensowenig ist der Begriff der Handelsgeschäfte bestimmt. — Geschlossener und vollständiger ist Or. Die §§ 2 bis 5 desselben enthalten Bestimmungen über den Begriff der Handelsgeschäfte, die bereits mehrfach an unser H.G.B. erinnern. An der Spitze steht „der Ankauf von Gegenständen des Verkehrs, um durch den Absatz derselben einen Gewinn zu erzielen" (§ 2). Darauf folgen (§ 3) fünf Nummern, die sich wiederum theils als objective Handelsgeschäfte, theils als Handelsgewerbegeschäfte, theils (Dienstverträge) als Hülfsgeschäfte charakterisiren. Die Aufzählung soll nicht erschöpfend sein; besondere Gesetze können noch andere Geschäfte für Handelsgeschäfte erklären. Hieran schließt sich eine Bestimmung über die präsumtiven Handelsgeschäfte, im Wesentlichen unserem Art. 274, und die Ausschließung der Verträge über Immobilien, unserem Art. 275 entsprechend (§ 4, 5). Die Definition des Handelsmannes weicht insofern von Om. ab, als die Protokollirung nicht mehr zur Begründung der Kaufmannseigenschaft, sondern nur gewisser kaufmännischer Rechte erforderlich ist (§ 7 ff.). — Von Er gehören hierher Art. 1 bis 10. In denselben ist das s. g. subjecte System zu Grunde gelegt. Nach Art. 1 ist Kaufmann, wer gewerbmäßig gewisse unter neun Nummern aufgeführte Geschäfte betreibt. Art. 2 bis 6 sollen den Begriff des Kaufmanns und den Umfang seines Gewerbebetriebs näher bestimmen. Art. 2 entspricht unserem Art. 11 in Verbindung mit Art. 276. Art. 3 stellt die öffentlichen Banken in Betreff ihres Geschäftsbetriebs den Kaufleuten gleich. Art. 4 bis 6 entsprechen unseren Art. 273 [1], 274 [1], 275. Erst Art. 7 zählt unter vier Nummern die objectiven Handelsgeschäfte auf („Handelsgeschäfte sind auch in Betreff von Nichtkaufleuten"). Art. 10 entspricht unserem Art. 277.*) — Das System von Er. ist im Ganzen auch in Pr. und E I beibehalten; nur sind in den beiden letzteren Entwürfen die in Er. zusammen stehenden Artikel getrennt. Die unmittelbar auf den Begriff des Kaufmannes bezüglichen stehen auch hier am Anfang des ersten

männische Corporationen vom König genehmigte Statuten erhalten hatten. Auch hier war der Eintritt in die Corporation seit 1810 nicht mehr zur Ausübung des Gewerbebetriebs, sondern nur für den Besitz der kaufmännischen Rechte (Glaubwürdigkeit der Handlungsbücher, Wechselfähigkeit) vorgeschrieben. Die privatrechtlichen Bestimmungen jener Statuten sind ausdrücklich aufgehoben durch Art. 3 § 4 des Preuß. Einf.ges.

*) Art. 8 und 9 enthalten für das System unwesentliche Bestimmungen.

Digitized by Google

Buches, während die den Begriff der Handelsgeschäfte feststellenden Bestimmungen den ersten Titel des dritten (jetzigen vierten Buches) bilden.*) — Der Uebergang von diesem zu dem jetzigen System ist in zweiter Lesung auf Grund eines in der 152. Sitzung gestellten Antrages des Referenten erfolgt (Prot. 1254 ff.); E. II 3, 4 und 254 bis 260 decken sich bis auf geringfügige Abweichungen mit unseren Art. 4, 5 und 271 bis 277. — B. Fremde Gesetzgebungen. Co. 1 erklärt für commerçants diejenigen, die gewerbmäßig actes de commerce treiben (qui exercent des actes de c. et en font leur profession habituelle). Die actes de commerce des Co. sind demnach identisch mit unseren Grundgeschäften. Sie sind art. 632 in sieben und art. 633 (das Seerecht betreffende Geschäfte) in sechs Kategorien aufgezählt. Eine Sonderung zwischen objectiven Handelsgeschäften und Handelsgewerbegeschäften findet sich nicht, und es ist, namentlich bei den Geschäften des art. 632, häufig zweifelhaft, ob für sie Gewerbmäßigkeit erforderlich ist oder nicht. Im Uebrigen enthält der Co. keine Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte, sondern nur Vorschriften über die Zuständigkeit der Handelsgerichte. Hervorzuheben sind aus denselben: art. 631. Zuständigkeit der Handelsgerichte 1) bei Streitigkeiten aus Verbindlichkeiten und Verträgen zwischen Kaufleuten; 2) ohne Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft der Parteien bei allen Streitigkeiten aus Handelsgeschäften. — art. 634. Zuständigkeit bei Klagen gegen Factoren und Handlungsgehülfen in Betreff des Handelsbetriebs, in welchem sie thätig sind. — art. 638. Nichtzuständigkeit bei Klagen gegen propriétaires, cultivateurs, vignerons wegen des Verkaufs selbstgewonnener Früchte, desgleichen bei Klagen gegen einen Kaufmann auf Bezahlung von Waaren, die derselbe zu seinem Privatgebrauch entnommen hat. An die letztere Bestimmung schließt sich eine unserm Art. 274 [2] entsprechende Vermuthung. — Das System des Co. leidet, wie auch in Frankreich anerkannt wird, an sehr erheblichen Mängeln; seine Bestimmungen sind principlos und lückenhaft. Namentlich hat das Fehlen einer generellen Bestimmung über den Bereich der accessorischen Handelsgeschäfte, wie sie unser Art. 273 [1] enthält, in der französischen Jurisprudenz zu vielfachen Controversen Veranlassung gegeben. — Von den dem Co. folgenden Gesetzbüchern combinirt Baden Satz 1 die Bestimmungen des ersten und vierten Buches in folgender Weise. Alinea 1 enthält die Definition der Handelsleute, entsprechend Co. 1; Al. 2 bestimmt den Begriff der Handelssachen (Co. 632 und 634), zu denen, über den Co., wenigstens über seinen Wortlaut, hinausgehend, auch gerechnet werden die Rechtsverhältnisse und Verträge der Handelsleute mit ihren Factoren und Gehülfen; Al. 3 bis 9 bezeichnet die Handelsgeschäfte, mit geringen Abweichungen Co. 632 folgend. Hinzugekommen ist Satz 1. a, der gewisse Kauf- und Verkaufsgeschäfte von den Handelsgeschäften ausnimmt, s. unten § 26 Zus. — Holland 2 bestimmt den Begriff der Kaufleute ebenfalls gleichlautend mit Co. 1. Actes de commerce sind hier durch daden van koophandel übersetzt. Zu denselben gehört nach Art. 3 vor Allem der Kauf von Waaren, um dieselben weiter zu veräußern. Im Art. 4 werden noch zehn weitere Arten von Handelsgeschäften auf-

*) Pr. 2 = E. I 2 = Er. 1; Pr. 3 = E. I 3 = Er. 3; Pr. 211 = E. I 233 = Er. 4 bis 6; Pr. 212 = E. I 234 = Er. 7; Pr. 213 = E. I 235 = Er. 2; E. I 236 = Er. 10, eine entsprechende Bestimmung in Pr. fehlt. In E. I erscheint der Begriff des Kaufmannes dadurch erheblich modificirt, daß den Landesgesetzen einschränkende und erweiternde Aenderungen anheimgestellt sind.

Digitized by Google

geführt; dieser Art. entspricht im Allgemeinen den art. 632 und 633 des Co., aber mit nicht unerheblichen Aenderungen. Zu erwähnen ist insbesondere Nr. 3, woselbst die Handlungen von Kaufleuten, Bankiers, Kassirern, Maklern, Inhabern von Comtoiren für öffentliche Fonds hinsichtlich ihres Gewerbebetriebs, also die accessorischen Handelsgeschäfte in weitestem Umfang genannt sind; ebenso rechnet Nr. 9 hierher die Handlungen kaufmännischer Stellvertreter uud Hülfspersonen bezüglich desjenigen Handelsgewerbes, für welches sie thätig sind. Unserem Art. 274 entsprechende Rechtsvermuthungen enthält das holländische H.G.B. ebensowenig wie das badische. — Italien. 1. Definition der commercianti übereinstimmend mit Co.; Art. 2 Aufzählung von 17 atti di commercio, d. h. Grundgeschäften, wobei wie im Co. keine Sonderung zwischen objectiven Handelsgeschäften und Gewerbegeschäften stattfindet. Art. 3. Das Gesetz betrachtet ferner als Handelsgeschäfte 1) die von einem Kaufmann vorgenommenen Veräußerungen und Vermiethungen der zu seinem Handelsgeschäft gehörigen Waaren; 2) Orderpapiere, die von Kaufleuten unterzeichnet sind, sofern nicht die Urkunde einen dem Handelsbetrieb fremden Schuldgrund enthält; ebenso Aval und Giro solcher Urkunden; 3) alle Verpflichtungen und Verträge der Kaufleute, sofern nicht aus dem Geschäft selbst hervorgeht, daß sie nicht im Handelsbetrieb eingegangen sind. — Belgien I. 1. Kaufleute sind diejenigen, die des actes qualifiés commerciaux par la loi gewerbmäßig treiben. Die Abweichung dieser Redaction von der des Co. bezweckt, die Controverse des französischen Rechts, ob die Aufzählung der Handelsgeschäfte limitativ oder nur enunciativ ist, in ersterem Sinn zu entscheiden (Namur I. Nr. 24). I. 2 zählt in sieben Absätzen Handesgeschäfte, Art. 3 ebenfalls in sieben Absätzen die als actes de c. geltenden Geschäfte des Seerechts auf. Am Schluß von art. 2 figuriren die accessorischen Handelsgeschäfte: toutes obligations des commerçants à moins qu'il ne soit prouvé qu'elles aient une cause étrangère au commerce. — Während die bisher angeführten Gesetzbücher die Kaufmannseigenschaft immer annehmen, wenn gewerbmäßiger Betrieb von Handelsgeschäften vorliegt, verlangt das spanische H.G.B. außerdem noch Fähigkeit zum Handelsbetrieb nnd Matrikulirung; art. 1: Kaufmann im Rechtssinn ist, wer gesetzlich befähigt ist, Handel zu treiben, in die Matrikel der Kaufleute eingetragen ist und den Handel (el trafico mercantil) zur regelmäßigen, seinen bürgerlichen Stand begründenden Beschäftigung macht. Wer nur gelegentlich Geschäfte des Binnenhandels (alguna operacion de comercio terrestre) schließt, hat nach art. 2 zwar nicht die Rechte der Kaufleute, ist jedoch bezüglich seiner Handelsunternehmungen den Handelsgesetzen und der Handelsgerichtsbarkeit unterworfen. — Den Handelsgesetzen sind auch die Hülfspersonen des Handels (agentes auxiliares del comercio) in Betreff der in dieser Eigenschaft vorgenommenen Handlungen unterworfen. Zu den Hülfspersonen gehören die Mäkler, Commissionäre, Factoren, Handlungsgehülfen Frachtführer (art. 62). Weitere allgemeine Bestimmungen über den Begriff der Handelsgeschäfte fehlen. — Das portugiesische H.G.B. hat die Mehrzahl seiner Bestimmungen theils dem spanischen, theils dem holländischen H.G.B. entlehnt. Auf den Begriff der Kaufleute beziehen sich Port. 11, 12 (Buch I Tit. 1) im Wesentlichen mit Span. 1, 2 übereinstimmend. Ferner gehören hierher art. 34, eine wörtliche Uebersetzung von A.L.R. II. 8 §435, und art. 35: „commerciante ist eine allgemeine Bezeichnung, welche die Bankiers, die Assecuradeure, die Commissions-, die Groß- und Detailhändler und die Fabrikanten umfaßt." art. 100

Digitized by Google

entspricht Span. 62 (zu den Hülfspersonen werden hier gerechnet: Mäkler, Factoren, Kassirer, Spediteure, Frachtführer). Die Definition der Handelsgeschäfte (actos commerciaes), in art. 203 und 204 (Buch I Tit. 3) schließt sich mit untergeordneten Differenzen an Holl. 3, 4 an. Entsprechend dem Co. werden ferner alle Streitigkeiten aus Handelsgeschäften vor die Handelsgerichte verwiesen. — Durchaus auf dem Standpunkt des deutschen Systems steht endlich das ungarische H.G.B., in welchem § 3 und 4 mit unseren Art. 4 und 5, § 258—264 mit unseren Art. 271—277 correspondiren.

§ 23.

B. Gewerbmäßiger Betrieb.[1]

Gewerbmäßig ist derjenige Betrieb[2]), bei welchem die betreffenden Geschäfte den Gegenstand eines hierauf gerichteten Gewerbes ausmachen. Gewerbe ist eine Thätigkeit, die in der Absicht unternommen wird, sie zu einer regelmäßigen Quelle des Einkommens oder des Erwerbes zu machen.[3]) Die Absicht muß mithin auf den Zweck des Erwerbes vermittelst einer gleichförmigen und dauernden Thätigkeit gerichtet sein. Ist eine derartige Absicht vorhanden, so ist jede einzelne Bethätigung derselben ein Akt des Gewerbebetriebs und mithin als gewerbmäßig zu betrachten.[4])

[1]) Ueber den Begriff der Gewerbmäßigkeit vgl. Thöl I. § 30; Go. I. § 43 S. 454 ff.; v. Hahn zu Art. 4 § 8; v. Völdernd. S. 35 ff.; Seydel in Hirth's Annal. 1878 S. 529 (dessen Definition „Gewerbe ist jede erlaubte auf Erwerb gerichtete berufsmäßig ausgeübte Privatthätigkeit" indeß für das H.G.B. zu eng gefaßt ist); — aus der fremden Literatur Pard. I. No. 78; Bédarr. I. No. 29 ss.; de Wal I. bl. 51; Namur I. No. 27 ss.; Vidari I. No. 98 ss. — Auf der N. C. wurde eine gesetzliche Feststellung des Ausdruckes gewerbmäßig von der Hand gewiesen, weil man eine solche für unthunlich und den Ausdruck selbst für populär genug hielt, um einer richtigen Anwendung in den einzelnen Fällen versichert zu sein. Prot. 1306. Gelegentliche, aber z. Th. unzutreffende Aeußerungen hierüber bei der Diskussion betreffend die Anwendbarkeit des H.G.B.'s auf die Postanstalten, Prot. 5018 ff. — Gewerbebetrieb im Sinn des Gewerbesteuergeſ. Z. 21. 316 (O.Trib. Berlin 75); des preuß. Verjährungsgesetzes v. 31. März 1838, R. 12. 74.

[2]) Thöl unterscheidet zwischen Gewerbe und gewerbmäßigem Betrieb. Letzterer ist nach ihm „die äußere Erscheinung eines Handelsbetriebs, wobei das Dasein des Handelsgewerbes selbst nicht erforderlich ist." Die Unterscheidung ist ohne Berechtigung. Mit dem gewerbmäßigen Betrieb ist immer auch das Gewerbe gegeben. Richtig ist nur, daß etwas äußerlich als gewerbmäßiger Betrieb erscheinen kann, ohne daß die zu einem solchen erforderliche Absicht wirklich vorhanden ist.

[3]) Die Erwerbsabsicht ist beim Handelsbetrieb (nicht bei allen anderen Gewerben) stets auch Gewinnabsicht, Thöl S. 109, Go. a. a. O. Anm. 12; dagegen v. Hahn a. a. O.; zweifelnd R. 3. 84 (407). Doch dürfte es dem üblichen Sprachgebrauch nicht gemäß sein, Gewinnabsicht und Spekulation ohne Weiteres gleichzustellen (so Thöl); vgl. oben S. 5 Anm. 5.

[4]) Mit der vorstehenden Begriffsbestimmung stehen im Wesentlichen in Ein-

Digitized by Google

Näher ist zu bemerken:

1. Das Gewerbe soll eine regelmäßige, braucht aber nicht die einzige, ja nicht einmal die vorzugsweise Erwerbsquelle für den Betreibenden zu sein.[5]) Dieselbe Person kann mehrere Gewerbe neben einander betreiben, die entweder gleiche Wichtigkeit für den Betreibenden haben oder in dem Verhältniß von Haupt- und Nebengewerbe zu einander stehen können. Auch auf das Nebengewerbe findet der Begriff des gewerbmäßigen Betriebs in vorstehendem Sinn Anwendung.

2. Das Erforderniß gleichmäßiger und dauernder Thätigkeit ist nur relativ zu verstehen. Gleichmäßigkeit ist vorhanden, wenn die einzelnen Geschäfte auch nur im Allgemeinen derselben Gattung angehören.[6]) Als dauernd ist jede Thätigkeit zu betrachten, die nicht blos gelegentlich stattfindet, sondern bei der von vornherein eine

---

kang R. 3. 84 (407): „Das wesentlichste Kriterium des gewerbemäßigen Betriebs ist der von vornherein nicht auf den Abschluß eines einzelnen oder einzelner, sondern von ganzen Reihen zusammengehöriger Geschäfte gerichtete Wille" (s. jedoch auch vor. Anm.); R. 8. 39 (373): jede auf die Dauer berechnete Erwerbsthätigkeit. Im Sinn von A.L.R. I. 6 § 115 wird mit Recht dahin auch gerechnet die Thätigkeit eines auf Tagelohn beschäftigten Arbeiters. — R. 14. 41 (118): Gewerbmäßig bezeichnet den Betrieb als dauernde Einnahmequelle, als einen regelmäßigen im Gegensatz zu dem blos gelegentlichen. Ferner Z. 11. 104 (A.G. Dillenburg); Z. 12. 579 (Nürnb. 66); Z. 13. 630 (Stuttg. O.H.G. 66); Z. 13. 620 (Dresden 67) Bu. 3. 133 (Hofger. Starkenburg, wie Thöl).

[5]) Der Gewerbebetrieb braucht also auch nicht „die Grundlage der socialen Existenz" des Gewerbtreibenden zu sein (v. Völdernd. S. 36). Dies wird namentlich von der französischen Jurisprudenz betont mit dem Hinweis darauf, daß der Entwurf zum Co. statt der profession habituelle (Art. 1) den Betrieb von Handelsgeschäften als profession principale zum Kriterium der Kaufmannseigenschaft machte. Dem jetzigen Text, der auf einer Bemerkung des Tribunats beruht, liegt das Motiv zu Grunde, auch diejenigen qui concilieraient l'habitude de faits de c. avec une profession quelconque, den für Kaufleute gegebenen Bestimmungen zu unterwerfen, Bédarr. No. 32; Namur No. 28. (Auch der Begriff der profession habituelle fällt freilich mit unserer Gewerbmäßigkeit nicht vollständig zusammen, Go. § 43 zu Anm. 16. f). — Aus der deutschen Rechtsprechung vgl. insbesondere Z. 12. 579; 20. 595, Bu. 21. 416 (Nürnb. 66, 68); Z. 13. 630 (Stuttg. Ob.H.G. 66).

[6]) Hierüber ist im einzelnen Fall nach den concreten Verhältnissen mit Rücksicht auf die im Verkehr maßgebenden Anschauungen zu befinden; vgl. Go. a. a. O. Anm. 14. a und die das. Angeff.

[7]) Go. S. 455 und das. Anm. 13. Dazu R. 14. 41 (118) sowie die oben Anm. 2 angeff. Erkenntnisse von Dillenburg, Nürnb. und Dresden; ferner Bu. 7. 210 (O.Trib. Berlin 65); Bu. 18. 404 (Dresden 68). Auch wenn lediglich eine

Digitized by Google

Reihe gleichförmiger Geschäfte in Aussicht genommen ist [7]), also unter Umständen auch eine blos zeitweise Beschäftigung [8]).

3. Der Erwerb soll Zweck der Thätigkeit sein. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß diese gleichzeitig noch anderen Zwecken dient. Ein Gewerbebetrieb ist darum nicht minder ein solcher, weil dabei zugleich religiöse, politische, gemeinnützige, wissenschaftliche, dilettantische Zwecke verfolgt werden. Nur darf die Erwerbsabsicht durch derartige Interessen nicht ganz in den Hintergrund gedrängt werden. [9])

4. Gewerbmäßiger Betrieb von Handelsgeschäften ist nur in der Person dessen vorhanden, der die Geschäfte in eignem Namen betreibt oder in dessen Namen sie betrieben werden, d. h. in der Person des Principals. [10]) Dagegen ist eigne Thätigkeit desselben zum Begriff des Gewerbebetriebs nicht erforderlich. [10a])

---

einzige, aber aus einer größeren Zahl einzelner Geschäfte bestehende Handelsunternehmung beabsichtigt ist, wird hiernach unter Umständen gewerbmäßiger Betrieb anzunehmen sein. So wird die Prot. 1306 aufgeworfene Frage, ob der Verkauf eines selbstverlegten Buches hierher gehöre, wenigstens in sehr vielen Fällen zu bejahen sein. Ebenso kann die Uebernahme einer aus verschiedenen Abschnitten bestehenden Lieferung, auch ohne daß die Absicht, ähnliche gleichartige Geschäfte einzugehen, vorhanden ist, den Charakter der Gewerbmäßigkeit an sich tragen.

[8]) Gewerbebetrieb des Pächters (vorausgesetzt, daß er in eignem Namen stattfindet) v. Völdernd. S. 44; Go. § 43 Anm. 8. a; Z. 11. 105 (Nürnb. 64); des immittirten Gläubigers, Bu. 21. 363 (Nürnb. 68).

[9]) Dieses Kriterium der Gewerbmäßigkeit kommt namentlich bei dem Gewerbebetrieb des Staates und öffentlicher Korporationen in Frage. Ueber einzelne derartige Fälle s. folg. §. Hier ist hervorzuheben, daß der Begriff der Gewerbmäßigkeit auf den Staat und auf öffentliche Verbände in derselben Weise Anwendung findet, wie auf Privatpersonen. Er wird also weder durch die Regalität des Gewerbes noch durch die mit der Ausübung desselben verbundene, auf die Förderung des Gemeinwohls gerichtete Absicht ausgeschlossen; durch letztere ebenso wenig wie bei einem Privatmann, der mit seinem Gewerbebetrieb zugleich gemeinnützige Zwecke verfolgt. Noch weniger ist die Gewerbmäßigkeit deswegen zu verneinen, weil die Erträgnisse des Betriebs für das gemeine Beste verwendet werden. Nur diejenigen Anstalten, bei denen die Erwerbsabsicht ganz in den Hintergrund tritt, sind, auch wenn sie Erträge abwerfen, nicht als Kundgebungen eines Gewerbebetriebs zu betrachten. Im Ganzen übereinstimmend Thöl § 30 a. E.; v. Hahn zu Art. 5 § 4; v. Völdernd. S. 38 ff. A. M. Go. § 43 Anm. 20; § 44 (S. 488 ff.).

[10]) R. 22. 67 (303): „Nothwendige Voraussetzung der Gewerbmäßigkeit ist, daß der die Handelsgeschäfte Betreibende dem Publikum gegenüber als Geschäftsmann auftritt .... Dieses Moment fehlt demjenigen, der in der üblichen Weise Spekulationsgeschäfte durch Bankiers macht“ (wobei der Bankier Dritten gegen-

Digitized by Google

5. Die zum Gewerbebetrieb erforderliche Absicht muß erkennbar hervortreten.[11]) Die Erkennbarkeit kann auf ausdrücklichen Erklärungen beruhen[11a]), sich aber auch aus concludenten Thatsachen ergeben. Derartige Thatsachen beziehen sich entweder auf die Einrichtung des gesammten Geschäftsbetriebs[12]) oder sie bestehen in besonderen, das einzelne Geschäft betreffenden Umständen.[13]) Zu den concludenten Thatsachen der ersteren Art gehört insbesondere die wiederholte Eingehung von Geschäften derselben Art, die ebenfalls ein, wenn auch kein untrügliches Zeichen der Gewerbmäßigkeit ist.[14]) — Liegt die Absicht des gewerbmäßigen Betriebs in erkennbarer Weise vor[15]), so ist jedes, auch das erste auf Grund einer derartigen Absicht geschlossene Geschäft als gewerbmäßig eingegangen anzusehen.[16])

über in eignem Namen handelt, ohne ihnen seinen Committenten oder diesem die Dritten zu nennen). Vgl. ferner die Anm. 8 angeff. Erkenntnisse; auch Dresden 64 Z. 11. 122 f. (der Ehemann einer Ziegeleipächterin wird hier als Gewerbtreibender erachtet, „so lange er nicht seine Zustimmung ertheilt, daß die Frau die Fabrikation von Ziegeln auf ihre Rechnung und in ihrem Namen betreibe"); Z. 21. 316 (O.Trib. Berlin 75); Go. S. 452 ff., v. Völdernd. S. 43 ff.; v. Hahn zu Art. 4 § 5.

[10a]) Nicht erforderlich ist Betrieb für eigne Rechnung; Go. a. a. O.

[11]) Zum Folgenden Go. S. 459 ff.; v. Völdernd. S. 37 ff.; v. Hahn a. a. O. § 8 a. E.; aus der Rechtsprechung R. 9. 111 (437); 22. 67 (303); Z. 6. 563 (Dresden 59, Sächs. Min. d. Innern 62); Z. 11. 104 (A.G. Dillenburg 64); Z. 13. 619, 620 (Nürnb. 67, Dresden 67); Bu. 25. 268 (Mannheim 71).

[11a]) Oeffentliche Ankündigungen des Etablissements durch Zeitungen, Circulare, Adreßkarten; eigne Bezeichnung als Gewerbtreibender.

[12]) Eröffnung eines Geschäftslokals, Aushängen eines Schildes, Annahme einer Handelsfirma oder eines Waarenzeichens; Anmeldung zu dem betr. Register; Bezahlung der Gewerbesteuer; Nachsuchung der polizeilichen Erlaubniß bei concessionspflichtigen Gewerben; Anstellung von Geschäftspersonal, Einrichtung kaufmännischer Buchführung; Anschaffung von Geräthschaften u. dgl. m.

[13]) Art und Menge der Gegenstände, auf welche das einzelne Geschäft gerichtet ist; sonstiger Inhalt des Geschäfts. Aus der Eingehung auch nur eines einzigen überseeischen Geschäfts wird meist auf die Absicht gewerbmäßigen Betriebs solcher Geschäfte geschlossen werden können.

[14]) R. 9. 119 (437).

[15]) Die Feststellung der Gewerbmäßigkeit im einzelnen Fall ist Sache richterlicher Prüfung, welche sich auf eine freie Würdigung der vorliegenden Thatsachen stützen soll. Wenngleich demnach diese Feststellung wesentlich factischer Natur ist, so beruht sie doch auf einem richterlichen Urtheil und es kann deshalb zwar über die demselben zur Grundlage dienenden Thatsachen, nicht aber darüber, ob gewerbmäßiger Betrieb vorhanden sei, Eideszuschiebung stattfinden. So auch O.A.G. München 71, Bu. 26. 205; vgl. unten § 25 Anm. 13.

[16]) Go. S. 458 Anm. 15.

Digitized by Google

§ 24.
C. Kaufmann. [1])

Kaufmann im Sinn des H.G.B.'s ist, wer gewerbmäßig Handelsgeschäfte betreibt (Art. 4). Unter Handelsgeschäften sind die Grundgeschäfte des Handels, d. h. die im H.G.B. als objektive Handelsgeschäfte und als Handelsgewerbegeschäfte bezeichneten Geschäfte zu verstehen. Nur der gewerbmäßige Betrieb eines dieser Geschäfte macht zum Kaufmann. Wer ein anderes, wenngleich nach der Art der Unternehmung und der Betriebsform verwandtes Geschäft zum Gegenstand seines Gewerbebetriebs macht, ist nicht Kaufmann.[2]) Andererseits ist die Kaufmannseigenschaft stets begründet, sobald ein gewerbsmäßiger Betrieb von Handelsgeschäften vorliegt.[3]) Weitere

---

[1]) Zum Folgenden Go. § 43; Thöl § 28; Endem. § 13; v. Hahn; v. Völdernd. zu Art. 4. Aus der fremden Literatur Pard. I No. 77. ss.; Bédarr. I No. 17. ss.; Lyon I No. 139 ss.; Holtius I bl. 53; de Wal I bl. 51; Namur I No. 24 ss.; Vidari No. 91—107; Smith p. 15; — s. auch die Uebersicht über die fremde Gesetzgebung, oben § 22 Zus.

[2]) Weil die Handelsgeschäfte im H.G.B. limitativ festgestellt sind, oben § 23 zu Anm. 3. Daher kann z. B. durch s. g. Selbstproduction (s. folg. § Anm. 8) die Kaufmannseigenschaft auch dann nicht begründet werden, wenn ein derartiger Betrieb in kaufmännischer Weise stattfindet (Berg- und Hüttenwerke, fabrikmäßige Verarbeitung von Gutserzeugnissen), wohl aber wenn mit dem selbstgewonnenen zugleich von anderswoher angeschafftes Rohmaterial verarbeitet wird. Nach dem Württemb. E.G. 4 sollen die Bestimmungen über Kaufleute und Handelsgesellschaften auch auf diejenigen Personen und Erwerbsgesellschaften Anwendung finden, „welche Gegenstände eigener Production, sei es in Natur oder nach vorgängiger Bearbeitung, gewerbsmäßig und in einem die Formen des kaufmännischen Geschäftsbetriebs erfordernden Umfang veräußern. Ausgenommen ist die Veräußerung eigener landwirthschaftlicher und Walderzeugnisse, wofern sie nicht in größerem Betrieb durch Verarbeitung umgesetzt und umgestaltet werden." — Darin liegt eine sehr erhebliche Erweiterung des Kaufmannsbegriffes gegenüber dem H.G.B., die aber nicht als eine Aenderung desselben betrachtet werden kann und daher durch das Reichsges. vom 5. Juni 1869 nicht beseitigt ist. Aehnlich Ungarn, unten § 26 Zus. 1 Nr. 1. — Auch sonst bewirkt die im H.G.B. gezogene Grenze, daß Gewerbe, die ihrer wirthschaftlichen Bedeutung nach mit Handelsgeschäften nahe verwandt sind, die Kaufmannseigenschaft nicht begründen. So sind nicht Kaufleute im Sinn des H.G.B.'s Leihbibliothekare, R. 23. 127 (401); gewerbmäßige Geldverleiher; Inhaber von Pfandleihanstalten R. 24. 8 (34); Bu. 38. 227 (O.Trib. Berlin 75); Inhaber von Logirhäusern, gewerbmäßige Zimmervermiether, Bu. 20. 113. Andere Fälle in den folgenden Anmerkungen.

[3]) Hiernach gehört zu den Kaufleuten im Sinn des H.G.B.'s eine große

Digitized by Google

Anforderungen sind nicht zu erfüllen und es ist insbesondere nicht erforderlich, daß den im öffentlichen Recht für die Begründung eines kaufmännischen Gewerbebetriebs aufgestellten Erfordernissen entsprochen sei.[4])

Auf den Begriff des Kaufmanns findet der im vorigen Paragraph erörterte Begriff der Gewerbmäßigkeit volle Anwendung. Hinsichtlich des ersteren ergeben sich hieraus nachstehende Folgesätze: a) Kaufmann ist nicht nur, wer den Betrieb von Handelsgeschäften zum ausschließlichen oder hauptsächlichen Inhalt seiner gewerblichen Thätigkeit macht, sondern auch wer sie nur als Nebengewerbe betreibt, dagegen nicht, wer, wenn auch häufig, so doch nur gelegentlich und ohne die Absicht gewerbmäßigen Betriebs Handelsgeschäfte abschließt.[5]) b) Die Geschäfte, welche die Grundlage des Handels-

---

Zahl von Gewerbtreibenden, die im Verkehr nicht als solche bezeichnet zu werden pflegen. Derartige Verschiedenheiten zwischen dem gesetzlichen Sprachgebrauch und dem des täglichen Lebens lassen sich aber, wenn der Begriff des Kaufmannes an den Betrieb gewisser Geschäfte geknüpft werden soll, nicht vermeiden; sie waren bereits in den Entwürfen vorhanden (vgl. die Motive zu Er. Tit. I Art. 1 S. 7) und machen sich in den auswärtigen Gesetzgebungen ebenfalls geltend. Die Definition des Art. 4 umfaßt u. A. außer den Fabrikanten zahlreiche Klassen von Handwerkern (s. den Zus. am Schluß des §), ferner die Apotheker, die übrigens bereits nach dem A.L.R. II. 8 § 473 f. in Bezug auf die Glaubwürdigkeit ihrer Bücher und auf Wechselfähigkeit kaufmännische Rechte hatten (über ihre Stellung nach dem H.G.B. vgl. Go. § 46 Anm. 24. c und die das. Angeff., denen hinzuzufügen sind die wechselnden Entscheidungen des österr. ob. Ger.hofes Cl. und A. II. 143; III. 332); Gastwirthe, Höker, Trödler, Hausirer, Frachtführer und dgl. m. Ein gewisser Umfang des Gewerbebetriebs ist nur ausnahmsweise eine Bedingung der Kaufmannseigenschaft da, wo das Gesetz den Charakter eines Geschäfts als Handelsgeschäft hiervon abhängig macht; unten § 27. — Daß die Befugniß zum Gewerbebetrieb den Inhalt eines Realrechtes bildet, steht der Kaufmannseigenschaft nicht entgegen; mit Unrecht a. M. in Betreff des Propinationsrechts landtäflicher Güter Oesterr. 64, 65 Cl. und A. I 25, 26, 44.

[4]) Art. 11. Bu. 18. 472 (Mannheim 65); Z. 13. 619 (Nürnb. 66); Bu. 19. 264 (Wolfenbüttel 68); s. auch unten § 32.

[5]) Gutsbesitzer, der Handelsgeschäfte als Nebengewerbe betreibt, im Gegensatz zu demjenigen, der durch den Betrieb der Landwirthschaft veranlaßt wird, einzelne Handelsgeschäfte zu schließen, Z. 20. 572, Bu. 20. 252 ff. (Cöln 69); Bu. 7. 210 (O.Tr. Berlin 65); Z. 13. 620 (Dresden 67). Frachtgeschäfte als Nebengewerbe, Z. 12. 579, Bu. 21. 416 (Nürnb. 66, 68). Kohlenhandel neben Bergwerksbetrieb, R. 11. 107 (343). Hier wird mit Recht angenommen, daß vermöge der Verschiedenheit des neben einander stattfindenden Gewerbebetriebs dieselbe Person „nach der einen Richtung Kaufmann, nach der andern Nichtkaufmann sein könne". Anders, aber unrichtig Z. 20. 595 (Nürnb. 68), vgl. auch Go. S. 463 f.

Digitized by Google

gewerbes bilden sollen, müssen gleichartig sein. Dadurch ist indeß nicht ausgeschlossen, daß sich die Thätigkeit des Kaufmanns gleichzeitig auf den gewerbmäßigen Betrieb mehrerer verschiedenartiger Handelsgeschäfte erstrecken kann.[6]) c) Die Eigenschaft des Kaufmanns wird nicht dadurch beseitigt, daß mit dem Erwerbszweck andere Zwecke in Verbindung treten, sofern nur der Erwerb überhaupt noch als Zweck der Thätigkeit anzusehen ist.[7]) d) Nur der Principal des Handelsgewerbes, aber auch jeder Principal ist Kaufmann, auch derjenige, der im Geschäftsbetrieb nicht selbst thätig und aus physischen oder rechtlichen Gründen hierzu unfähig ist.[8]) e) Die

---

Von der Vereinigung eines verschiedenen Charakters (Kaufmann und Nichtkaufmann) in derselben Person kann indeß nur dann die Rede sein, wenn in der That ein mehrfacher Gewerbebetrieb neben einander stattfindet; nicht, wenn, wie beim Fabrikanten regelmäßig der Fall ist, ein technischer Betrieb die Grundlage für den Abschluß von Handelsgeschäften bildet, R. 11. 119 (387). — Die französische Jurisprudenz, welche die Frage nicht vom Standpunkt des materiellen Rechts, sondern des Proceßrechts (insbesondere mit Rücksicht auf die Zulässigkeit des Faillitenverfahrens) erörtert, nimmt, wenn überhaupt ein gewerbmäßiger Betrieb von Handelsgeschäften vorliegt, die Kaufmannseigenschaft für die ganze Persönlichkeit in Anspruch. In diesem Sinn sind z. B. Advokaten, Notare, richterliche Beamte u. dgl., die sich gewohnheitsmäßig in Börsenspeculationen eingelassen hatten, für Kaufleute erklärt worden; vgl. die § 24 Anm. 5 Angeff., außerdem namentlich Go. § 43 Anm. 14, 15.

[6]) Oben § 24 zu Anm. 6. Daß das Erforderniß der Gleichartigkeit auch hier nur relativ zu verstehen ist, zeigt sich insbesondere bei dem die verschiedensten Geschäfte umfassenden Bankiergewerbe.

[7]) Es muß die Absicht vorhanden sein, die Handelsgeschäfte zu einer dauernden Erwerbsquelle zu machen. Daher ist ein Zahnarzt, der sich mit dem Einsetzen von Gebissen beschäftigt und die hierzu erforderlichen Materialien anschafft, kein Kaufmann. Ebensowenig der Vorsteher eines Erziehungsinstituts, der seine Zöglinge beköstigt, Z. 20. 560, 561. Bedenklicher ist die Entscheidung bei Bu. 20. 113, nach welcher auch der Inhaber eines Kurlogirhauses, der seine Miether beköstigt, nicht Kaufmann sein soll (dagegen Go. § 46[37] a. E.). Vgl. noch Bu. 7. 210; Z. 13. 620 (oben Anm. 5); ferner § 23 Anm. 9 und in Betreff des Handelsbetriebs des Staates § 26.

[8]) Gleichgültig ist auch, für wessen Rechnung das Handelsgewerbe betrieben wird; daher ist bei der stillen Gesellschaft nur der Complementar Kaufmann; vgl. § 26 zu Anm. 10 und oben § 24 Anm. 8 u. 10, s. auch folg. §. — Zu vgl. sind noch Bu. 18. 472 (Handlungsgehülfe); Bu. 26. 200 (Posthalter). Ferner gehören hierher die Erörterungen über die Kaufmannseigenschaft der Agenten (s. unten im zweiten Buch) und der Lotteriecollecteure: Z. 8. 618; Bu. 2. 9; 13. 269; 16. 77; R. 23. 74 (213). — Ein Gewerbe betreiben auch die Handlungsgehülfen, nur besteht dasselbe nicht in der Eingehung von Handelsgeschäften, sondern in ihrer Gehülfenstellung, Go. § 43 Anm. 9.

Digitized by Google

Kaufmannseigenschaft ist begründet, sobald die Absicht, gewerbmäßig Handelsgeschäfte zu treiben, verwirklicht ist;[9]) sie dauert fort bis zur Einstellung des Gewerbebetriebs.[10]) Eine solche liegt vor, wenn entweder eine auf Beendigung der gewerbmäßigen Thätigkeit gerichtete Absicht vorhanden und zur Ausführung gebracht ist[11]) oder wenn Umstände eintreten, welche die Fortsetzung des Gewerbebetriebs unmöglich machen.[12]) Insoweit es hiernach auf die Absicht des Handel-

---

[9]) Auch gegenwärtig gilt noch, daß die Stellung des Kaufmanns begründet wird durch professio et exercitium (**Baldus** de constituto No. 8; vgl. Go. § 43 [13] und die dort Angeff.). Professio bedeutet aber nicht mehr wie früher Beitritt zur Kaufmannsgilde und Aufnahme in die Matrikel derselben, sondern lediglich die Kundgebung der auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichteten Absicht. Eine solche Kundgebung ist u. A. die Anmeldung der Firma zum Handelsregister (vgl. oben § 23 Anm. 12—14 und die hier folg. Anm.), indeß ist, auch bei eintragungspflichtigen Kaufleuten, die Kaufmannseigenschaft nicht von der Eintragung abhängig, R. 14. 30 (79 f.). — Ebenso wenig wird sie hierdurch begründet, wenn die Eintragung nicht dem wirklichen Sachverhalt entspricht, Bu. 9. 110 (O.Tr. Berlin 66); Bu. 15. 398 (Zwickau A.G. 68); Bu. 20. 43 (Berlin St.G. 70). Die weiter gehende Wirkung, die Go. S. 460 der Eintragung zuschreibt, läßt sich nach dem H.G.B. nicht begründen. Doloses Vorgeben eines Handelsgewerbes begründet die Kaufmannseigenschaft nicht, Prot. 538, 548—551; Go. S. 459 f.

[10]) Eine Rechtsvermuthung für die Fortdauer eines begonnenen Gewerbebetriebs besteht nicht, R. 17. 38 (170), wohl aber kann eine derartige Vermuthung factisch begründet sein, R. 19. 11 (37). Der Beweis für das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft in einem gegebenen Zeitpunkt liegt demnach zwar demjenigen ob, der sich hierauf beruft, kann aber unter Umständen dadurch ersetzt werden, daß der Bestand des kaufmännischen Gewerbebetriebs in einem früheren Zeitpunkt festgestellt wird. Alsdann ist es Sache des Gegenbeweises, das Erlöschen desselben darzuthun. Vgl. außer den angef. Entsch. auch R. 1. 18 (63); 8. 11 (47).

[11]) Die Kundgebung der Absicht allein genügt nicht; daher bewirkt die Löschung der Firma oder des Firmeninhabers, der Vermerk des Austritts eines Handelsgesellschafters im Handelsregister noch kein Aufhören der Kaufmannseigenschaft, R. 1. 18 (63). Andererseits berechtigt die Thatsache, daß in einem (kürzeren) Zeitraum keine Handelsgeschäfte geschlossen sind, noch nicht zu dem Schluß auf Einstellung des Gewerbebetriebs, R. 8. 11 (47).

[12]) Unbedingt trifft dies nur zu beim Tod des Geschäftsinhabers, bei allen anderen hierher gehörigen Thatsachen wird der Einfluß auf den Gewerbebetrieb im concreten Fall zu bestimmen sein. Bewirkt die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsinhabers Aufhören der Kaufmannseigenschaft? R. 19. 11 (37 f.) erklärt auch dies mit Recht für eine thatsächliche Frage. Unrichtig ist es aber, wenn dieselbe nur bejaht wird, „sofern der Konkurs dem Kaufmann alle Mittel und die Möglichkeit zum Betriebe nicht nur seines speciellen sondern jedes Handelsgewerbes entzieht." Abgesehen davon, daß eine solche Wir-

Digitized by Google

treibenden ankommt, genügt jedes erkennbare Hervortreten derselben; eine bestimmte Form der Willensäußerung ist nicht erforderlich.[13])

Die im H.G.B. aufgestellte Begriffsbestimmung des Kaufmanns ist nur für dieses Gesetzbuch selbst gegeben; sie bezieht sich nicht auf andere Gesetze, die ebenfalls hinsichtlich der Kaufleute Bestimmungen treffen.[14]) Für die Gesetzgebung außerhalb des H.G.B.'s ist die obige Definition nur dann zu verwerthen, wenn sie auf dieselbe übertragen oder von ihr zu Grunde gelegt ist.[15])

Zusatz. Bei der Berathung des H.G.B.'s ist wiederholt, aber stets ohne Erfolg versucht worden, den Handwerksbetrieb gänzlich von den Handelsgeschäften auszuschließen; Go. § 46 [20]. Nach Art. 4 sind alle Handwerker, die gewerbmäßig Handelsgeschäfte treiben, als Kaufleute anzusehen; es kommt, abgesehen von der Bearbeitung oder Verarbeitung fremder Sachen für Andere und dem Geschäfte

---

kung schwerlich jemals eintreten wird, da, wie das R.O.H.G. selbst anerkennt, „manche Geschäftszweige, z. B. kaufmännische Vermittlung und Commission, keine besonderen Mittel erfordern", beruht ja die Kaufmannseigenschaft nicht auf der bloßen Möglichkeit, sondern auf dem wirklichen Betrieb eines Handelsgewerbes. Die Entscheidung der Frage kann allein davon abhängig gemacht werden, ob trotz der Konkurseröffnung eine Fortsetzung des Gewerbebetriebs stattfindet. Nach der Reichskonkursordnung ist, wenn der Konkursverwalter das Geschäft des Gemeinschuldners fortsetzt, die Fortdauer der Kaufmannseigenschaft in der Person des letzteren anzunehmen, da derselbe Träger des zur Konkursmasse gezogenen Vermögens bleibt (Sarwey Konk.Ordn. S. XLIX; Dernburg Preuß. Priv.R. II S. 247). Im entgegengesetzten Fall ist zwar der Gemeinschuldner auch während des Konkurses rechtlich nicht behindert, gewerbmäßig Handelsgeschäfte zu treiben, aber darin liegt immer die Begründung eines neuen, nicht eine Fortsetzung des bisherigen Gewerbebetriebs.

[13]) Vgl. oben § 23 Anm. 11 bis 15. — Die Feststellung der Kaufmannsqualität ist, insoweit es dabei auf das Vorhandensein des Gewerbebetriebs ankommt, wie die der Gewerbmäßigkeit überhaupt, thatsächlicher Natur, konnte daher nach dem bisherigen Preuß. Prozeß nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffen werden und entzieht sich auch nach der D. Civ.Pr.O. der Prüfung des Revisionsrichters, Z. 20. 598 (O.Trib. Berlin 70). Nicht in Widerspruch hiermit steht das Erk. dess. Gerichtshofes vom J. 1867, nach welchem diese Feststellung in Schwurgerichtssachen nicht ohne Weiteres den Geschwornen überlassen werden soll, Bu. 17. 168. Anders nach der D. Str.Proc.O. § 293 (dazu Loewe Anm. 3), sofern gegenwärtig der Begriff des Kaufmanns strafrechtlich noch in Betracht kommt, Anm. 15 a. E.

[14]) Um diese Beschränkung deutlich auszusprechen, sind bei der 2. Lesung die Worte „im Sinne dieses Gesetzbuches" in die Definition des Art. 4 eingeschaltet, Prot. 1255 f. Vgl. auch R. 1. 59 (567); Bu. 1. 214 ff.; 5. 213 (O.A.G. Jena 63).

[15]) Auf andere Gesetze übertragen ist die Begriffsbestimmung des H.G.B.'s in mehreren Landeseinführungsgesetzen, vgl. insbes. Preußen Art. 18, 31; Bayern Art. 6; Württemberg Art. 6; Hessen-Darmst. Art. 16; Hessen-Homb. Art. 14.

Digitized by Google

der Druckereien (Art. 272 Nr. 1 und 5) nicht auf den Umfang des Betriebs, ebensowenig darauf an, ob derselbe ihre principale Erwerbsquelle bildet. Kaufleute sind demnach insbesondere alle diejenigen Handwerker, die gewerbmäßig, gleichviel in welchem Umfang, Waaren anschaffen, um sie in Natur oder verarbeitet weiter zu veräußern. Derartige Geschäfte sind bekanntlich bei vielen Handwerkern allgemein üblich, so daß bei ihnen eine factische Vermuthung für die Kaufmannseigenschaft spricht (Schneider, Schuhmacher, Gerber, Kürschner, Bäcker, Brauer, Fleischer, Schlosser u. m. dgl.). Nicht Kaufleute sind dagegen diejenigen Gewerbtreibenden, die innerhalb der Grenzen des Handwerksbetriebs fremde Stoffe bearbeiten oder verarbeiten, auch dann, wenn sie die Zuthaten zu ihrer Arbeit selbst anschaffen (Färber, Lackirer, Appreteure, Flickschneider, Lohntischler, Lohnmüller). Die hiernach zu den Kaufleuten zu rechnenden Handwerker haben Kaufmannseigenschaft nicht blos „in Bezug auf ihre Anschaffungen" (so das R.Ob.H.Ger.), sondern in Bezug auf ihren ganzen Gewerbebetrieb; nur finden auf sie als auf Kaufleute minderen Rechts (Art. 10, unten § 36) gewisse Bestimmungen des H.G.B.'s keine Anwendung. Vgl. über diese ganze Frage die Nachweisungen bei Go. § 46 [43]. Aus der übergroßen Casuistik mag hier nur auf nachstehende Entscheidungen des R.O.H.Ger.'s hingewiesen werden: R. 1. 59 (198); 4. 48 (241); 7. 62 (238); 11. 81 (242); 12. 31 (97). — Ueber Bauhandwerker unten § 31.

§ 25.

Fortsetzung.

Sowohl physische wie juristische Personen können Kaufleute im Sinn des H.G.B.'s sein. Auch der Staat ist Kaufmann, sofern er gewerbmäßig Handelsgeschäfte betreibt.[1]) Die früher in Bezug auf

Ausdrücklich zu Grunde gelegt ist dieselbe z. B. in § 13 Nr. 1 des Reichsges. vom 12. Juni 1869, sowie in § 101 Nr. 1 des D. Ger.Verf.Ges. Dagegen war es bestritten, ob der Begriff des Kaufmanns in § 281—283 des R.Str.G.B.'s mit dem des H.G.B.'s zusammenfalle, vgl. Go. § 43 Anm. 17; § 44 Anm. 6. (Den hier Angeff. ist, als ein Gegner der Identität beider Begriffe, hinzuzufügen Rüdorff Komm. zu § 281.) Seit der Reichs-Konk.Ordn. (§ 209—212) hat diese Frage keine praktische Bedeutung mehr.

[1]) Der im Text vertretenen Ansicht sind v. Hahn zu Art. 5 § 4; v. Völdernd. S. 49; Thöl § 30 a. E. (Reichspost); Priber in Bu. 1. 247 ff. Dagegen nimmt Go. S. 488 ff. in den hierher gehörigen Fällen nur dann Kaufmannseigenschaft an, wenn Erzielung von Gewinn oder eines dauernden Einkommens principaler Zweck des Gewerbebetriebs ist, geht also auf den oben reprobirten Unterschied zwischen negotiatio politica und lucrativa zurück. — Das R.O.H.Ger. folgt der obigen Ansicht in Betreff der Staatseisenbahnen und der Reichspost, R. 3. 84 (405); 12. 104 (311, Plenarbeschluß); 15. 12 (35); 23. 4 (11); ebenso Z. 13. 630 (Stuttg. Ob.H.G. 66); Bu. 11. 360 (Nürnb. 66); Bu. 12. 225. (Cöln A.G. 67). Entgegengesetzt Z. 6. 558; Bu. 3. 132; 5. 498 (Sächs. und Hess. Just.Min.); Z. 20. 604 (München O.A.G. 65); Bu. 36. 202 (Leipzig A.G. 77). In Betreff anderweitigen staatlichen Handelsbetriebs vgl. noch Z. 6. 561; Bu. 3. 407; 15. 402; über die öffentlichen Banken Anm. 6.

Digitized by Google

den Handelsbetrieb desselben gemachte Unterscheidung zwischen negotiatio politica und lucrativa enthält keinen durchgreifenden, namentlich keinen für das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft entscheidenden Gegensatz.[2]) Es kommt beim Handelsbetrieb des Staates wie bei dem von Privatpersonen nur darauf an, ob eine fortgesetzte Eingehung von Handelsgeschäften mit dem Zweck des Erwerbs beabsichtigt ist, gleichviel welche Motive sonst noch hierbei obwalten.[3]) — In allen derartigen Fällen besteht indeß die Kaufmannseigenschaft nicht für den Staat als Ganzes, sondern nur, insofern er Handelsgeschäfte treibt. Regelmäßig ist die Staatsanstalt, von welcher der Handelsbetrieb bewirkt wird, eine eigne statio fisci und als solche das handeltreibende Subject.[4])

Gleiches gilt von dem Handelsbetrieb politischer Gemeinden, religiöser Körperschaften, sowie aller sonstigen mit dem Charakter der Persönlichkeit bekleideten Verbände und Anstalten, die zugleich dem

---

[2]) Vgl. namentlich das in der vor. Anm. angef. Erk. des Stuttg. Ob.H.G.'s. — Der Staat hat, auch wenn er als Gewerbtreibender auftritt, regelmäßig zugleich staatliche, d. h. gemeinnützige Zwecke, und wird, sofern er seiner Aufgabe getreu bleibt, rein fiskalische Gesichtspunkte immer hinter jene zurücktreten lassen. Die unrichtige Ansicht beruht übrigens z. Th. auch auf einer Verwechselung des Zweckes, der der Anlage, und desjenigen, der dem Betrieb der Handelsgeschäfte zu Grunde liegt. Eine Staatseisenbahn z. B., die lediglich aus strategischen Rücksichten angelegt ist, obwohl ihre Nichtrentabilität von vornherein feststeht, verfolgt dennoch eine Erwerbsabsicht, sofern sie Güter- und Personenbeförderung bewirkt. Man braucht, um in solchen Fällen die Erwerbsabsicht zu begründen, nicht auf das mißliche in R. 3. 84 (S. 407) geltend gemachte Argument zurückzugreifen, „daß die Anlegung einer Eisenbahn, mittelbar durch Erhöhung der Steuerkraft der Bewohner auch Vortheile für den Staatsfiskus zur Folge hat." — Gänzlich auszuscheiden sind dagegen die Fälle, in denen, wie z. B. bei den Arbeiten in Strafanstalten, die Absicht, die betreffenden Geschäfte zu einer dauernden Einkommensquelle für den Staat zu machen, überhaupt nicht vorhanden ist.

[3]) Die vorliegende Frage ist demnach lediglich nach allgemeinen Gesichtspunkten zu entscheiden. Die R. C. hat in derselben keinen bestimmten Standpunkt eingenommen, wie sich aus den Berathungen der Art. 5 (Prot. 539 f., 1260, 4629) und 421 (Prot. 855, 1250, 5048 f., 5105) ergiebt. — Eine Verbesserung des D.H.G.B.'s ist Ungarn 4[2]: „Auf den Staat finden, sofern er Handelsgeschäfte betreibt, die erwähnten Bestimmungen insoweit Anwendung, als die bestehenden Gesetze und gesetzlichen Verordnungen nicht anderweitig verfügen."

[4]) Go. S. 490. Hierüber entscheidet das öffentliche Recht; von den Landeseinf.gesetzen vgl. über den Handelsbetrieb des Staates Württemb. 7[1], 18; Oesterreich 8; Braunschweig 3.

Digitized by Google

öffentlichen Recht angehören.[5]) Ausdrücklich anerkannt sind diese Grundsätze in Betreff der öffentlichen Banken.[6])

Das H.G.B. hat ferner die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen auf die Handelsgesellschaften für anwendbar erklärt.[7]) Durch das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 ist diese Bestimmung insofern modificirt, als hiernach die Kommanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens als Handelsgesellschaften anzusehen sind. Folgerichtig

[5]) Das Sächs. Just.Min. verneint die Kaufmannseigenschaft nicht nur in Betreff ritterschaftlicher Creditvereine, städtischer Speise- und Darlehnsanstalten, sondern sogar bei städtischen Braukommunen. Bei städtischen Gasanstalten soll es auf die specielle Art ihres Betriebs ankommen. Z. 6. 558, 561. — Für die Entscheidung muß auch hier der allgemeine Begriff der Gewerbmäßigkeit maßgebend sein. Danach sind Gasanstalten jedenfalls als ein gewerbmäßiger Handelsbetrieb anzusehen (so auch die Entscheidungen Preuß. Gerichte Z. 6. 561; Nürnberg Z. 20. 569); Sparkassen und Creditvereine dann, wenn ihr Betrieb den Charakter eines Bankiersgeschäfts hat; Bu. 18. 124 (Nürnb. 67); Cl. u. A. 3. 388 (unrichtig 1. 117). Ein Beispiel eines Handelsbetriebs durch eine religiöse Körperschaft (evangelische Brüdergemeinde) Z. 7. 500, dazu Go. § 44 [11]. Bei städtischen Anstalten ist regelmäßig die Stadt selbst das Rechtssubject, der die Kaufmannseigenschaft zukommt, selbstverständlich auch nur in Bezug auf das von ihr betriebene Handelsgewerbe.

[6]) Art. 5 [2]. Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebs unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen. Die Bestimmung findet sich bereits in Er. I. 3, ebenso in Pr. 3; zur weiteren Redactionsgeschichte vgl. Go. § 44 [13]; v. Hahn zu Art. 5 § 4. Sie erinnert an Co. 652 [8] (gleichlautend Belgien 2 [6]), der zu den Handelsgeschäften zählt: toutes les opérations des banques publiques. Oeffentliche Banken sind nach der französischen Jurisprudenz celles qui sont autorisées par le gouvernement (Namur I. 94), und in demselben Sinne wird der Ausdruck auch im H.G.B. zu verstehen sein. Was heißt aber „in den Grenzen ihres Handelsbetriebs"? Darauf dürfte sich, abgesehen von den Verträgen über Immobilien (unten § 31), schwer eine befriedigende Antwort geben lassen. Die Beispiele einer außerhalb des Handelsbetriebs liegenden Thätigkeit, die Prot. 1260 angeführt werden: „Annahme von Depositen in Prozessen und für Mündel" sind nicht glücklich gewählt, denn die Annahme von Depositen gehört zu den Bankiergeschäften. Die wahre Bedeutung der Bestimmung ist auch nur, daß die Bankgesetzgebung sowie die für einzelne Banken ertheilten besonderen Verordnungen dem H.G.B. gegenüber als lex specialis gelten sollen. Die in Betreff der Preuß. Bank bestrittene Frage der Eintragungspflicht in's Handelsregister (Bu. 1. 388; Z. 20. 599; Bu. 30. 262) ist hinsichtlich der Reichsbank durch das Reichsbankges. vom 14. März 1875 § 66 verneinend entschieden. Ueber die österr. Nationalbank s. Bu. 3. 61; vgl. auch v. Völdernd. S. 49 [10]; Go. a. a. O.

[7]) Art. 5 [1] (alter Text) übereinstimmend mit Pr. 3.

Digitized by Google

treten mithin die Wirkungen der Kaufmannseigenschaft in Betreff dieser beiden Gesellschaften auch dann ein, wenn sie sich nicht mit dem gewerbmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften befassen.[8]) Abweichend von dem Princip des H.G.B.'s entscheidet hier nicht der Gegenstand, sondern die Form der Unternehmung. — Ebenso sind durch das Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 die in das Genossenschaftsregister eingetragenen wirthschaftlichen Genossenschaften ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens für Kaufleute im Sinn des H.G.B.'s erklärt.[9])

Abgesehen von den zuletzt erwähnten Genossenschaften, läßt das Gesetz die Frage unbeantwortet, wer bei den Handelsgesellschaften als das Subject der Kaufmannseigenschaft anzusehen sei, insbesondere ob und welche Mitglieder derselben als Kaufleute zu gelten haben. Diese Frage fällt mit der nach der Principalschaft der Handelsgesellschaften zusammen; letztere aber kommt bei der offenen Handelsgesellschaft sämmtlichen, bei der einfachen Kommanditgesellschaft und bei der Kommanditgesellschaft auf Actien dem oder den persönlich haftenden Gesellschaftern (Komplementären) zu, während sie bei der Actiengesellschaft auf der eine eigene Rechtspersönlichkeit bildenden Vereinigung selbst beruht.[10])

Insoweit hiernach den einzelnen Gesellschaftern Kaufmannseigenschaft beizumessen ist, haben sie dieselbe doch nur in Ansehung der Gesellschaftsgeschäfte, nicht sofern sie außerhalb des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft in rechtliche Beziehungen treten.[11])

---

[8]) Art. 174 [1], 208 [1], 5 [1] (rev. Text). Schon das Preuß. Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9. Febr. 1843 bestimmte, daß „Aktiengesellschaften, welche auf Gewerbe- oder Handelsunternehmungen gerichtet sind, kaufmännische Rechte und Pflichten haben sollen." — Das Reichsges. geht freilich viel weiter, erklärt aber doch andererseits nur die Bestimmungen des H.G.B.'s auf die oben genannten Gesellschaften für anwendbar, so daß nicht ohne Weiteres anzunehmen ist, daß sie auch im Sinn anderer Gesetze als Kaufleute zu betrachten sind, Bu. 25. 226 f. (Dresden 71), oben § 24 Anm. 15.

[9]) Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinn des A. D. H.G.B.'s, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält, § 11 Abs. 3 a. a. O.

[10]) Uebereinstimmend Go. S. 469; Thöl S. 132; v. Völdernd. S. 47; v. Canstein Z. 20. 84 ff. Auch den Kommanditisten erklärt für einen Kaufmann v. Hahn zu Art. 4 § 6 (2. u. 3. Aufl., in der ersten hatte er den Handelsgesellschaften die Kaufmannseigenschaft ganz abgesprochen). Vgl. unten § 37. In Betreff des stillen Gesellschafters kann, wie v. Hahn richtig bemerkt, die obige Frage gar nicht aufgeworfen werden, da derselbe überhaupt nicht Handelsgesellschafter ist.

[11]) So Thöl, v. Völdernd. a. a. O.; v. Hahn Art. 4 § 3 (2. u. 3. Aufl.).

Digitized by Google

§ 26.

D. Die einzelnen Handelsgeschäfte.

1. Grundgeschäfte.

a) objektive Handelsgeschäfte.

Objektive oder absolute Handelsgeschäfte sind nach dem H.G.B.

1) **Anschaffung zum Zweck der Weiterveräußerung.**[1]) Erfordernisse dieses Geschäfts sind

a) Dasselbe muß auf bewegliche Sachen, kann aber auf bewegliche Sachen jeder Art gerichtet sein.[2]) Welche Sachen als beweglich anzusehen sind, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht.[3]) Unkörperliche

---

A. M. Go., v. Canstein a. a. O., welche die Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschafter ohne die Beschränkung des Textes annehmen. Für die letztere Ansicht R. 3. 88 (434); unentschieden R. 14. 70 (209); für die obige Meinung R. 14. 92 (282); 16. 95 (380); Bu. 15. 433 (Dresden 66).

[1]) Art. 271 [1]: „Der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräußern; es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen." Go. § 47; Thöl § 33 I; v. Hahn; Anschütz zu d. Art.; Pard. I. No. 7—19; Lyon I No. 69 ss.; de Wal I. bl. 52 ff.; Holtius I. bl. 55 f.; Namur I. No. 36—60. — Die Anschaffung Behufs der Weiterveräußerung hat von jeher als das Grundgeschäft des Handels (eigentlicher Handel oben § 4) gegolten, Martens § 8; Heise § 8; Brinckmann § 1.

[2]) Ueber die Gegenüberstellung von Waaren und anderen beweglichen Sachen im Art. 271 [1] s. Prot. 1291, oben § 1 Anm. 4, auch R. 11. 22 (46); Bu. 31. 51 (Augsb. 72). Gegenstand der Anschaffung können vertretbare und nicht vertretbare, generell und speciell bestimmte Sachen sein. Auch Geld ist möglicher Gegenstand dieses Geschäfts. Go. § 47 [17].

[3]) Nach gemeinem Recht und den meisten Partikularrechten ist das natürliche Kriterium maßgebend: fundus est omne quidquid solo tenetur L. 115 D. de V. S. (50. 16). Rechnet das bürgerliche Recht gewisse Sachen nur in einzelnen Beziehungen ihrer natürlichen Beschaffenheit zuwider den Mobilien oder Immobilien zu, so hat dies auf die Anwendung des Art. 271 [1] keinen Einfluß (transportable Häuser als Mobilien, Seeschiffe, Schiffsmühlen als Immobilien behandelt, bewegliche Pertinenzen unbeweglicher Sachen; andere Fälle bei Stobbe Handb. I. § 63; Go. § 59 Anm. 3 ff.). Erstreckt sich die Anschaffung auf loszutrennende Bestandtheile des Grund und Bodens, so betrifft das Geschäft bewegliche Sachen: Holz auf dem Stock Z. 11. 111 (Nürnb. 64); Stegem. 2. 224; Gebäude zum Abbruch gekauft Z. 8. 633 (Nürnb. 64); Ausbeute eines Minerallagers Z. 23. 506 (München 75); — Go. § 59 Anm. 25 ff.; unten § 31. — Umgekehrt fällt die Anschaffung beweglicher Sachen mit der Absicht, sie in ein fremdes Grundstück zu verwenden, nicht unter das vorstehende Geschäft (über letzteren Fall unten § 31 Anm. 9).

Digitized by Google

Sachen (Rechte) als solche sind kein Gegenstand dieses Geschäfts,[4]) wohl aber die in der Gestalt von „Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handel bestimmten Werthpapieren" verkörperten Werthe. Der Ausdruck Werthpapiere umfaßt alle auf den Inhaber lautenden sowie die durch Indossament übertragbaren Urkunden, da dieselben vermöge ihrer Form von vornherein für den Umsatz bestimmt sind. Bei anderen Urkunden (den s. g. Rectapapieren) ist im einzelnen Fall zu prüfen, ob sie im Handelsverkehr als Waare betrachtet zu werden pflegen.[5])

b) Anschaffung ist jedes auf den entgeltlichen Erwerb einer Sache gerichtete Rechtsgeschäft unter Lebenden.[6]) Keine Anschaffung im Sinne des Gesetzes sind mithin: α) der Erwerb von Sachen, der nicht auf Grund eines Rechtsgeschäftes stattfindet:[7]) Occupation (Jagd, Fischerei), Schatzerwerb, namentlich aber die Fälle der s. g. Selbstproduktion: Fruchtbezug, Herstellung beweglicher Sachen aus dem eigenen Grund und Boden, Verarbeitung selbst erzeugter Gegenstände;[8]) β) der Erwerb auf Grund von Rechtsgeschäften von

---

[4]) Urheberrechte, Kundschaft, Forderungen, die nicht in „für den Handel bestimmten Werthpapieren" verkörpert sind. Auch nicht ein Vermögensinbegriff (ganzes Vermögen, Verlassenschaft, Handelsgeschäft), Go. § 47 S. 551 f. Anders die französische Jurisprudenz, Pard. I. 9; Massé II. 1390; Namur I. 41.

[5]) „Für den Handel bestimmte Werthpapiere" ist der Gattungsbegriff: Staatspapiere und Aktien sind Arten desselben. Vgl. Pr. 229 und Motive dazu. Die Definition der öffentlichen Kreditpapiere an letzterer Stelle stimmt allerdings mit der des Textes nicht ganz überein. Noch anders, aber auch unter einander differirend, Go. S. 552 (das. Anm. 20 die Redactionsgeschichte); Thöl § 26 Anm. 11; v. Hahn, Anschütz zu d. Art.; vgl. auch Zus. a. E. d. §.

[6]) Zum Folgenden insbesondere Go. S. 544 ff. Gegen seine Begriffsbestimmung: „Anschaffung ist ein unmittelbar oder doch mittelbar auf den Erwerb des Eigenthums oder des Usucapionsbesitzes gerichtetes entgeltliches Rechtsgeschäft" ist indeß zu bemerken, daß es keine Rechtsgeschäfte giebt, die auf den Erwerb des Usucapionsbesitzes gerichtet sind. Zur Redactionsgeschichte des Wortes Anschaffung Go. Anm. 20, auch Zus. a. E. d. §.

[7]) Daß auch der Erwerb (?) durch Delict ausgeschlossen ist, bedarf kaum der Erwähnung. Anders Gad S. 8 Anm. 14.

[8]) Die hierher gehörigen Fälle können schon deswegen keine Handelsgeschäfte sein, weil sie überhaupt keine Rechtsgeschäfte sind. Gegenwärtig besteht in dieser Hinsicht auch kaum noch eine Meinungsverschiedenheit, vgl. R. 9. 56 (192); 11. 107 (342); 13. 124 (385); 15. 67 (237); 16. 95 (280). Anders die ältere Praxis des Preuß. Ob.Tribunals und des Oesterr. ob. Gerichtshofes, von der indeß beide Gerichtshöfe selbst später wieder zurückgekommen sind. Z. 6. 554; 20. 570 f.; Cl. u. A. 1. 16, 19; 3. 307, 409. Bilden eigne und fremde Stoffe gleichzeitig

Digitized by Google

Todes wegen oder von liberalen Rechtsgeschäften unter Lebenden;[9]) γ) Rechtsgeschäfte, die nicht den Erwerb von Sachen, sondern nur Rechte an denselben zum Gegenstand haben oder bloß eine Befugniß zum Gebrauch begründen. Miethe, Pacht, Leihe (Commodat, Precarium) fallen daher nicht unter den Begriff der Anschaffung.[10]) Dagegen gehören außer dem Kauf insbesondere hierher: Tausch, Annahme an Zahlungsstatt, Erwerb des Trödlers auf Grund des contractus aestimatorius[11]) Darlehn, locatio conductio irregularis, depositum irregulare.[12])

c) Die Anschaffung muß mit der Absicht der Weiterveräußerung erfolgt sein.[13]) Dazu gehört[13a]) α. erkennbares Hervortreten der=

---

den Gegenstand des Geschäftsbetriebs, so ist die Anschaffung der letzteren darum nicht minder ein Handelsgeschäft, weil sie zugleich mit selbstproducirten bearbeitet oder verarbeitet werden, R. 13. 51 (143). Factische Präsumtionen aus dem Gegenstand der Fabrikation oder der Bezeichnung der Fabrik, R. 14. 41 (117). — Nach dem Württemb. E.G. Art. 4 gelten die Geschäfte derjenigen Producenten, die zu den Kaufleuten gerechnet werden (oben S. 97 Anm. 2), insbesondere die gewerbliche Veräußerung ihrer Produkte, als Handelsgeschäfte.

[9]) Die Anschaffung im Sinn des Art. 271¹ ist zwar absolutes Handelsgeschäft, muß aber, da sie ein Grundgeschäft ist, derartig sein, daß sie möglicherweise den Inhalt eines Gewerbebetriebs bilden kann, oben S. 88.

[10]) In all diesen Fällen kann nicht von der Absicht der Weiterveräußerung die Rede sein. Er. und Pr. rechnen auch die Miethe in der Absicht weiterer Vermiethung, desgleichen den Kauf Behufs der Vermiethung hierher, s. Zus. a. E. d. §. Beides ist indeß bereits in erster Les. beseitigt worden, Go. § 47 Anm. 7, 27. — Pacht der Milch eines Gutes ist Anschaffung im Sinn dieses Art., Bu. 35. 318 (O.Trib. Berl. 74).

[11]) Erwerb der Lotterieloose durch den Collecteur, sofern derselbe nicht bloßer Mandatar der Direction ist, oben § 24 Anm. 8.

[12]) Ueber diese und andere Fälle Go. S. 547 f.; Motive zu Er. S. 8 f.

[13]) Veräußerung im Sinn d. Art.'s ist jedes auf entgeltliche Uebertragung einer Sache gerichtete Rechtsgeschäft, vgl. Anm. 22. Gemeint ist aber nur das Veräußerungsgeschäft, welches den Rechtsgrund der Uebertragung bildet, nicht der Uebertragungsakt als solcher, durch den der Veräußerer seine Verbindlichkeit erfüllt. A. M. Go., der die Anschaffungen zur Deckung bestehender Verbindlichkeiten u. A. auch deswegen als Handelsgeschäfte, nach Art. 271¹ ansehen will, weil dabei die Veräußerung im technischen Sinn, d. h. die Uebertragung, erst nach der Anschaffung stattfinde. Dagegen v. Hahn zu Art. 271 § 11, auch unten zu Anm. 16. — Bei Vereinen, deren Anschaffungen lediglich für den Bedarf der einzelnen Mitglieder bestimmt sind, ist die Vertheilung der angeschafften Stoffe an die Vereinsmitglieder nicht als Veräußerung anzusehen, gleichviel in welcher Form sie erfolgt, sowie ob der Verein Rechtspersönlichkeit besitzt oder nicht. Derartige Anschaffungen fallen nur dann unter die Bestimmung des Art. 271¹, wenn dies, falls sie unmittelbar von den einzelnen Mitgliedern selbst bewirkt wären, der Fall sein würde.

Digitized by Google

selben; sie darf kein bloßes Internum geblieben sein. Die Erkennbarkeit kann sich aus ausdrücklichen Erklärungen des Anschaffenden oder aus den Umständen ergeben.[14]) Daß der Veräußerer die Absicht des Anschaffenden wirklich gekannt habe, ist nicht erforderlich.[15]) β. Die Absicht der Weiterveräußerung muß zur Zeit der Anschaffung vorhanden sein. Eine Anschaffung, die nicht auf Grund dieser Absicht erfolgt, ist nicht Handelsgeschäft, wenn auch die angeschafften Gegenstände nachträglich veräußert werden. Umgekehrt verliert eine zum Zweck der Weiterveräußerung geschehene Anschaffung den Charakter des Handelsgeschäftes nicht, wenn die ursprünglich vorhandene Absicht nicht zur Ausführung kommt.[16]) γ. Die Weiterveräußerung muß wesentlicher und unmittelbarer Zweck der Anschaffung sein; es genügt nicht, wenn die hierauf gerichtete Absicht eine bloß nebensächliche oder eventuelle ist.[17])

Demnach gehören nicht hierher die Anschaffungen der Ressourcen, Consumvereine u. dgl. für den Verbrauch der Mitglieder; ebenso wenig die Anschaffungen von Zuthaten (unten Anm. 17, 20) oder Geräthschaften für die gewerbliche Thätigkeit der Mitglieder (Werkvereine), wohl aber die Anschaffungen des zu bearbeitenden oder verarbeitenden Rohmaterials seitens der Rohstoffvereine, desgleichen die der Productivassociationen, sofern dieselben Stoffe einkaufen, um sie nach geschehener Bearbeitung oder Verarbeitung weiter zu veräußern. (Hier liegt indeß keine Anschaffung für die Mitglieder, sondern zum Zweck eines gemeinschaftlichen Gewerbebetriebs vor). Das Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 (Genossenschaftsgesetz) ist für die Frage, ob ein Handelsgeschäft im Sinn des Art. 271 [1] vorliegt, auch in Betreff der eingetragenen Genossenschaften bedeutungslos. Anschütz II. S. 20 ff.; Sicherer Genossenschaftsgesetzg. S. 121 ff.; Go. § 47 Anm. 52.

[13a]) Gleichgültig ist, wie der Umfang der Anschaffung, so auch ob eine Weiterveräußerung im Groß- oder Kleinbetrieb beabsichtigt ist (Anschaffungen der Gastwirthe, der Handwerker; über letztere unten zu Anm. 19). Der Preis, zu welchem die Weiterveräußerung erfolgen soll, kann von vornherein feststehen (Apothekerwaaren, Lotterieloose).

[14]) R. 8. 11 (47); 11. 81 (241); 14. 62 (188); Bu. 15. 131 (Nürnb. 66); Z. 13. 624 (Dresd. 67); Cl. und A. 3. 469, 470; unrichtig 3. 478.

[15]) Darauf weisen schon die Motive zu Er. wie zu Pr. hin, Go. § 47 Anm. 44. Anders Thöl § 34.

[16]) Go. S. 566; Pard. I. 12: l'intention primitive est plus forte que le résultat. — Die Anschaffung muß Behufs einer künftigen, nicht mit Rücksicht auf eine bereits stattgehabte Veräußerung (als Deckung für eine übernommene Lieferung) erfolgen. Uebereinstimmend Thöl § 33 (S. 116); § 34 (S. 118[1]); v. Hahn S. 11 ff., 20 f., 26 f.; Anschütz III. S. 21[1]. A. M. insbesondere Go. S. 577 und Z. 10 S. 55 f. — Vgl. unten zu Anm. 35.

[17]) Go. S. 563 (nicht ganz zutreffend); v. Hahn II S. 15; Pard. I. 13: il faut que la revente soit principale. Blos accessorisch oder eventuell ist die

Digitized by Google

Gleichgiltig ist dagegen, ob die Weiterveräußerung der angeschafften Gegenstände in Natur oder nach voraufgegangener Bearbeitung oder Verarbeitung bewirkt wird. Vorzugsweise durch diese Bestimmung hat das H.G.B. im Anschluß an den Code de commerce und die ihm folgenden neueren Gesetzbücher das Gebiet des Handelsrechts gegenüber dem früheren Recht erweitert.[18]) Die Worte Bearbeitung oder Verarbeitung begreifen jede Umgestaltung oder Veränderung eines Stoffes durch menschliche Arbeit. Handelsgeschäfte sind demnach alle Anschaffungen von Rohstoffen oder Materialien seitens der Fabrikanten oder Handwerker, welche die daraus hergestellten Producte zu veräußern beabsichtigen.[19]) Keine Bearbeitung oder Verarbeitung liegt vor, wenn die angeschafften Stoffe lediglich als Zuthaten oder als Arbeitsmittel für die herzustellenden Erzeugnisse in Betracht kommen,[20]) desgleichen nicht, wenn sie zur Erzeugung oder Erhaltung eines lebendigen Organismus verwendet werden.[21])

Die Absicht der Weiterveräußerung ist in der Regel, wenngleich

---

Absicht der Weiterveräußerung, z. B. wenn Gegenstände zum eignen Gebrauch angeschafft werden, aber zugleich beabsichtigt wird, sie nach gemachtem Gebrauch wiederum zu veräußern, ebenso beim Ankauf einer Bibliothek mit der Absicht, etwaige Duplikate bereits vorhandener Bücher zu veräußern. Andere Fälle: Ankauf von Schafen zur Schafzucht, R. 14. 86 (265); Z. 11. 110 (Nürnberg. 66); Anschaffung von Fastagen und Emballagen zur Verpackung von Waaren, auch wenn dieselben dem Käufer besonders berechnet werden, — anders der Ankauf von Fässern seitens eines Schäfflers, Bu. 4. 361 (Nürnb. 64); Anschaffung von Zuthaten (Knöpfen, Zwirn, Futter) seitens eines Schneiders, R. 7. 62 (238); eines Goldrahmens durch einen Gemäldereſtaurateur, Bu. 21. 358 (Nürnb. 68).

[18]) c. 11 § 2 D. 68 oben S. 4 Anm. 1 und dazu das das. im Text Bemerkte. Ueber die außerdeutsche Gesetzgebung s. Zus. am Schluß d. §.

[19]) Beispiele: Anschaffung von Stoffen zur Veräußerung nach vorgenommener Färbung, R. 1. 36 (132); von Kleiderstoffen seitens eines Schneiders, R. 7. 62 (238); von Getreide zum Vermahlen seitens eines Müllers, R. 11. 81 (241); Z. 13 627 (Nürnb. 67); von ätherischen Oelen zur Anfertigung von Likören, Z. 20. 566 (Oesterr. 72); von Hopfen zur Bierbereitung, Bu. 18. 118 (Nürnb. 67).

[20]) Zuthaten s. oben Anm. 17; Arbeitsmittel: Anschaffung von Farbestoffen seitens eines Färbers, Z. 7. 499; Bu. 13. 26 ff., von Lack seitens eines Lackirers, Z. 20. 565; Bu. 1. 570; von Seife seitens eines Tuchwalkers, Bu. 34. 334; Anschaffung der Stoffe zur Herstellung künstlicher Zähne und Gebisse seitens eines Zahnarztes, Z. 20. 560. Desgleichen gehören hierher alle Fälle, in denen die angeschafften Stoffe das Material einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Thätigkeit bilden, Go. § 47 Anm. 66.

[21]) Anschaffung von Saatkorn und Dünger zur Fruchterzeugung, von Viehfutter zur Mast u. dgl.

Digitized by Google

nicht nothwendig, verbunden mit der Absicht, durch die Weiterveräußerung Gewinn zu erzielen;[22]) das Geschäft selbst regelmäßig ein Speculationsgeschäft.[23]) Das ihm entsprechende Realisirungsgeschäft (die Veräußerung der angeschafften Gegenstände) ist kein objectives Handelsgeschäft.[24]) — Aber auch die Anschaffung ist ein solches nur für den Anschaffenden, nicht oder doch nicht nothwendig für den, der an ihn veräußert.[24a])

2) Uebernahme einer Lieferung.[25]) a. Gegenstand dieses Geschäfts sind, bewegliche Sachen jeder Art[26]) mit Einschluß der Werthpapiere. b. Uebernahme einer Lieferung ist jede entgeltliche Veräußerung, aus welcher eine Verpflichtung des Veräußerers zum Verschaffen der Sache entsteht. Ausgeschlossen sind demnach diejenigen Fälle, in denen die Ueberlieferung der Sache unmittelbar bei Abschluß des Vertrages stattfindet.[27]) Abgesehen hiervon kann jedes Geschäft, welches sich auf Seite des Erwerbers als eine Anschaffung darstellt, für den Veräußerer die Uebernahme einer Lieferung sein.[28]) c. Der Uebernehmer soll die zu liefernden Gegenstände „zu diesem

---

[22]) A. M. Go. S. 563, der die Absicht der Weiterveräußerung als gleichbedeutend mit Gewinnabsicht ansieht; ebenso Thöl § 33; Anschütz III. S. 15, Prot. 1289. Richtig v. Hahn zu Art. 271 § 15. Die Weiterveräußerung muß aber stets als eine entgeltliche beabsichtigt sein. Wer einen Gegenstand kauft, um ihn zu verschenken, schließt kein Handelsgeschäft im Sinn des Art. 271 [1]. Anders Z. 13. 623 (Nürnb. 66). Die fremden Gesetzbücher fordern z. Th. ausdrücklich Gewinnabsicht, s. Zus. am Schluß d. §.

[23]) Speculation à la hausse.

[24]) Auch in dieser Hinsicht weichen die Entwürfe und die fremden Gesetzbücher vielfach vom H.G.B. ab, s. Zus. am Schluß d. §.

[24a]) Für den letzteren kann möglicherweise ein Handelsgeschäft im Sinn von Art. 271 [2] oder auch ein accessorisches Handelsgeschäft vorliegen.

[25]) Art. 271 [2]: Die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der unter Ziffer 1 bezeichneten Art, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck anschafft. Go. § 48; Thöl § 33 II (Speculationsverkauf); v. Hahn, Anschütz zu d. Art.; Pard. I. No. 21; Lyon I. No. 91 ss.; Namur I. No. 79 ss.

[26]) Nicht blos Quantitäten vertretbarer Sachen wie im Fall des Art. 338, vgl. R. 6. 9 (31); Z. 12. 245 ff. (Dresden 65).

[27]) Spätere Fälligkeit der Lieferung ist nicht erforderlich, v. Hahn II. (2. Aufl.) S. 24 Anm. 52. Immer aber müssen der Moment des Vertragsschlusses und der der Lieferung thatsächlich auseinander liegen. Daher kann z. B. das Darlehn als Realcontract niemals Lieferung im Sinn des Art. 271 [2] sein, wohl aber das pactum de mutuando.

[28]) Also ein viel weiterer Kreis von Geschäften als im Fall des Art. 338.

Digitized by Google

Zweck," anschaffen.[29]) Darin liegt, daß die Uebernahme der Lieferung der Anschaffung voraufgehen muß. Letzterem Erforderniß ist aber schon dann genügt, wenn ein solches Verhältniß zwischen Lieferung und Anschaffung zur Zeit des Vertragsschlusses vom Uebernehmer gewollt ist. Es muß m. a. W. bei Uebernahme der Lieferung beabsichtigt sein, die zu liefernden Gegenstände nachträglich anzuschaffen; die Lieferung muß in diesem Zeitpunkt für das Bewußtsein des Uebernehmers eine ungedeckte (Lieferung à découvert) sein.[30]) Alsdann ist es gleichgültig, ob wirklich eine nachträgliche Anschaffung stattfindet oder ob dieselbe unterbleibt, weil z. B. der Uebernehmer wider Erwarten in der Lage ist, aus eignen Vorräthen zu liefern.[31]) In Bezug auf die Erkennbarkeit der Absicht wie auf das Erforderniß, daß dieselbe principaliter auf nachträgliche Anschaffung gerichtet sei, gilt dasselbe wie im vorigen Fall. Ebenso ist der Begriff der Anschaffung hier in gleichem Sinne wie oben zu deuten. Daher gehört diejenige Uebernahme von Lieferungen nicht hierher, bei welcher der Uebernehmer die zu liefernden Gegenstände selbst produziren will.[32]) Dagegen macht es keinen Unterschied, ob die Gegenstände so wie sie zu liefern sind, angeschafft werden sollen oder vorher einer Bearbeitung oder Verarbeitung durch den Uebernehmer zu unterwerfen sind.[33]) —

Auch bei diesem Geschäft ist die demselben zu Grunde liegende Absicht zwar nicht nothwendig, aber regelmäßig Gewinnabsicht, das Geschäft selbst regelmäßig Speculationsgeschäft.[34]) Das ihm entsprechende Realisirungsgeschäft (die nachträgliche Anschaffung, Deckung) ist auch hier kein objektives Handelsgeschäft.[35]) — Ebenso liegt auch in diesem Fall ein einseitiges Handelsgeschäft vor; die Uebernahme

---

[29]) Zur Redaktionsgeschichte Go. a. a. O. Anm. 9, s. auch Zus. am Schluß d. §. Auf den Lieferungskauf (Art. 338) bezieht sich dieses Erforderniß nicht.

[30]) Z. 12. 245 (Dresden 65); 20. 568 (Nürnb. 70), vgl. auch Bu. 11. 87 Anm.

[31]) Oder weil das Geschäft nicht durch Naturallieferung, sondern durch Leistung des Interesses (Differenz) regulirt wird. Also auch hier l'intention est plus forte que le résultat; vgl. insbes. v. Hahn a. a. O.

[32]) A. M. das Anm. 30 angef. Erk. des O.A.G. Dresden; richtig Cl. u. A. 3. 409.

[33]) Ausdrücklich bestimmt dies Er., s. Zus. am Schluß d. §.

[34]) Speculation à la baisse.

[35]) A. M. Go., vgl. oben Anm. 13, 16.

Digitized by Google

einer Lieferung ist ein solches auf Seite des Uebernehmers, nicht oder nicht nothwendig für seinen Mitkontrahenten.[36])

3) Uebernahme einer Versicherung.[37]) Der Begriff der Versicherung umfaßt alle Geschäfte, die darauf gerichtet sind, Jemandem einen Ersatz für den Schaden zu sichern, der ihn in Folge eines seiner Existenz oder dem Umfang seines schadenbringenden Erfolges nach ungewissen Ereignisses bedroht.[38]) Im Allgemeinen sind zwei Gestaltungen des Versicherungsgeschäfts zu unterscheiden: Versicherung auf Gegenseitigkeit und Prämienversicherung. Erstere ist eine Vereinigung, deren Mitglieder verbunden sind, das, was Einem von ihnen beim Eintritt des schadenbringenden Ereignisses zu gewähren ist, unter einander aufzubringen. Die letztere besteht in einem Vertrage, kraft dessen der eine Contrahent (Versicherer) die Gefahr des Ersatzes übernimmt, der andere (Versicherungsnehmer, Versicherter) für die Uebernahme der Gefahr ein seinem Betrage nach bestimmtes Aequivalent (Prämie) zu gewähren hat. Objektives Handelsgeschäft ist nur die Prämienversicherung[39]) und auch diese nur auf Seite

[36]) Sie kann für den letzteren eine Anschaffung im Sinn des Art. 271 [1], oder auch ein accessorisches Handelsgeschäft sein.

[37]) Art. 271 [3], die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie. Go. § 49; v. Hahn und Anschütz zu d. Art.; v. Kräwel in Bu. 2. 344 ff.; Pard. I. No. 46, 47; Lyon I. p. 61 not. 3; Namur I. No. 90, 91; de Wal I. bl. 59; Holtius I. bl. 61. 67. — Die Worte „gegen Prämie" in der gesetzlichen Begriffsbestimmung sind überflüssig, da man bei der gegenseitigen Versicherung nicht von einer Uebernahme (ebensowenig im Französischen von einer entreprise, Namur p. 61) reden kann. Sie sind daher im Ungar. H.G.B. mit Recht fortgelassen, s. Zus. a. E. d. §.

[38]) Daß dieser Begriff auch für die Lebensversicherung zutrifft, kann erst im Versicherungsrecht dargethan werden. Ueber die Begrenzung desselben Go. S. 582 ff.

[39]) Die Versicherung auf Gegenseitigkeit verliert ihren Charakter nicht dadurch, daß von den Mitgliedern des Versicherungsvereins unter dem Namen einer Prämie Einzahlungen auf die von ihnen voraussichtlich zu deckenden Beträge erhoben werden. Ebenso wenig die Prämienversicherung dadurch, daß den Versicherten ein Antheil am Unternehmergewinn bonificirt wird. R. 4. 42 (201); Z. 13. 628 (Stuttg. O.H.G. 66); 20. 578 (München 71); Bu. 21. 369 (München 70); 21. 376 (Nürnb. 69); 23. 153 (Dresden 71.) Anders scheinbar Cl. u. A. 2. 192. Es soll nach dieser Entsch. nicht auf den statutarischen Charakter der Gesellschaft als einer Gegenseitigkeitsgesellschaft, sondern auf den Inhalt der einzelnen Police ankommen. Aus anderen Entscheidungen des österr. ob. Ger.hofes (Bu. 17. 38; 34 335) ergiebt sich indeß, daß hiermit nicht, wie v. Hahn meint, die unrichtige Ansicht ausgesprochen werden sollte, als ob der Wortlaut der Police und der in derselben etwa gebrauchte Ausdruck Prämie maßgebend sei, sondern daß auf den Inhalt des einzelnen Ver-

Digitized by Google

des Versicherers.[40]) Gleichgültig ist die Beschaffenheit des Ereignisses, bezüglich dessen Versicherung geleistet wird; es gehören demnach in der gedachten Beschränkung sowohl Personen- wie Sachversicherungen und von den letzteren sowohl See- wie Binnenversicherungen hierher.[41])

4) **Uebernahme der Beförderung von Gütern und Reisenden zur See und das Darleihen gegen Verbodmung.** — Auch dies sind nur einseitig objektive Handelsgeschäfte, auf Seite desjenigen, der die Beförderung übernimmt und bezw. des Darlehnsgebers (Bodmeristen.)[42])

Zusatz 1. [Zu Art. 271 Nr. 1.] Das Vorbild dieser Bestimmung ist Co. 632[1], der an die Spitze der Handelsgeschäfte stellt: tout achat de denrées et marchandises pour les revendre soit en nature soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre ou même pour en louer simplement l'usage.

---

sicherungsvertrages hingewiesen werden sollte. In diesem Sinn verstanden ist aber das Erk. durchaus zutreffend, da es nicht selten vorkommt, daß Versicherungsvereine, die für ihre Mitglieder oder für eine Klasse derselben auf dem Princip der Gegenseitigkeit beruhen, von anderen Personen Versicherungen auf Prämie entgegennehmen und alsdann hinsichtlich derselben nach Art. 271[3] zu beurtheilen sind, vgl. Z. 6. 555 (S. J. Min. 62); Bu. 14. 99; 16. 194 (Hamb. O. G. 68). Ueber Gegenseitigkeitsgesellschaften auch R. 6. 18 (96); Z. 11. 115 (O.Trib. Berlin 65).

[40]) Auf Seite des letzteren kann ein accessorisches Handelsgeschäft nach Art. 273[1], 274[1] vorliegen, wenn ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes Versicherung nimmt; mit Unrecht verneint Bu. 25. 237 (Dresd. 71). Unter derselben Voraussetzung kann auch die Betheiligung an einer Gegenseitigkeitsgesellschaft Handelsgeschäft sein. Dagegen ist der Gegenseitigkeitsverein selbst, auch wenn seine Mitglieder der Mehrzahl nach oder insgesammt Kaufleute sein sollten, weder Handelsgesellschaft noch Kaufmann im Sinn des H.G.B.'s. Ersteres nicht, weil er nicht den vom H.G.B. allein anerkannten Typen der Handelsgesellschaften entspricht, letzteres nicht, weil für ihn weder das Kriterium der Gewerbmäßigkeit, noch das des Betriebs von Grundgeschäften zutrifft. Eine Gesellschaft, die zugleich auf Gegenseitigkeit und gegen Prämie versichert, ist, sofern sie die Versicherungsgeschäfte der letzteren Art gewerbmäßig treibt, rücksichtlich dieser Kaufmann. — Auf einem andern Gebiet liegt die Frage, ob und in wie weit vermöge Art. 277 bei der Betheiligung eines Kaufmanns an einer Gegenseitigkeitsgesellschaft die Bestimmungen über Handelsgeschäfte auch auf die übrigen Theilnehmer Anwendung finden. Hierüber unter § 30 Anm. 8. Vgl. zum Vorstehenden R. 4. 42 (201); Z. 15. 617; Bu. 21. 365, 369 (Nürnb., München 69); Z. 20. 578 (München 71); Bu. 14. 99 (Hamb. O.G. 68).

[41]) In Betreff der Seeversicherungen Cl. u. A. 2. 213. — Gleichgültig ist auch, ob der Versicherer eine einzelne physische Person, eine Handelsgesellschaft oder eine juristische Person ist, Go. S. 587. Auch die Prämienversicherung von Immobilien ist Handelsgeschäft R. 5. 2 (11); a. M. Thöl, unten § 31[12].

[42]) Art. 271[4]. — Das Nähere gehört in das Seerecht.

Digitized by Google

Gleichlautende oder ähnliche Bestimmungen in sämmtlichen neueren H.G.Büchern. Eine Uebersetzung des Co. ist Baden 1[3] mit der Modifikation, daß die zu dem Geschäft erforderliche Zweckbestimmung als Gewinnabsicht bezeichnet wird. Auch Holl. 3, Port. 203, Italien 2[1] stimmen fast wörtlich mit dem französischen G.B. überein. Ebenso hat Belgien I. 1[1] den Wortlaut des Co. aufgenommen, fügt aber hinzu: toute vente ou location qui est la suite d'un tel achat, toute location pour sous-louer et toute sous-location qui en est la suite. In der franz. Jurisprudenz herrscht über diese Fälle Streit. Spanien 359 rechnet hierher: den Kauf beweglicher Sachen mit der Absicht, aus dem Wiederverkauf in unveränderter oder veränderter Gestalt Gewinn zu ziehen, desgleichen den Wiederverkauf dieser Gegenstände (Anschaffung und Miethe behufs weiterer Vermiethung sind nicht erwähnt). Ungarn 258[1] schließt sich in Bezug auf die Anschaffung von Waaren und beweglichen Sachen (über Werthpapiere s. hiernächst) dem H.G.B. an. — Neben dem Speculationskauf erwähnt Baden 1[7], einer bereits in der französischen Jurisprudenz vertretenen, aber keineswegs unbestrittenen Ansicht folgend (dagegen z. B. Massé II. 1390; Namur I. 42), „allen Umsatz von Staatspapieren und Handelspapieren", begreift mithin unter den Handelsgeschäften auch alle Anschaffungen dieser Gegenstände ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegende Absicht. Aehnlich Italien 2[17]: le compre e le vendite delle azioni di società commerciali und Ungarn 258[3] „Kauf oder anderweitige Anschaffung von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, selbst in dem Falle, wenn die Anschaffung nicht in der Absicht, dieselben weiter zu veräußern, erfolgt ist." — Hervorzuheben ist ferner, daß mit Ausnahme des holländischen und belgischen sämmtliche vorerwähnte Gesetzbücher gewissen Kauf- und Verkaufsgeschäften den handelsgeschäftlichen Charakter absprechen. Die hierher gehörigen Bestimmungen, die übrigens nur z. Th. Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen der betreffenden Gesetzbücher sind, betreffen a) die s. g. Selbstproduction. Co. 638 schließt von den Handelsgeschäften aus den Verkauf der eignen Erzeugnisse (vente de denrées provenant de son cru) seitens eines Grundeigenthümers, Landwirthes oder Weinbauers. (In Betreff aller übrigen hierher gehörigen Fälle enthält das Ges. keine Bestimmungen, die Jurisprudenz schwankt; vgl. Go. § 47 Anm. 32 und zu den das. Angeff. Namur I. 63.) Wörtlich gleichlautend Italien 724. — Spanien 360 und, wesentlich übereinstimmend Port. 504 nennen in gleichem Sinn neben den Früchten der Ernbte den Ertrag der Viehzucht. — Baden 1[a] spricht allgemein von dem Verkauf eigner natürlicher oder künstlicher Erzeugnisse, beschränkt aber die Ausschließung auf den Fall, daß der Verkauf „blos im Einzelnen an solche, die sie nicht zum Handel, sondern zum eignen Gebrauch zu kaufen pflegen", stattfindet. — Ungarn 259 Nr. 6 rechnet die Geschäfte der Producenten, welche ihre eigenen Produkte bearbeiten oder verarbeiten, zu den Handelsgeschäften, wenn sie gewerbmäßig betrieben werden und den Umfang des Kleingewerbes übersteigen. — b) die Anschaffungen zu eignem Gebrauch werden ausgeschlossen Co. 638; Ital. 1 und 724; Span. und Port. a. a. O. Das ital. H.G.B. verlangt, daß die Anschaffung den Bedarf nicht überschreite; die drei zuletzt genannten Gesetzbücher bestimmen, daß in dem gedachten Fall auch der Wiederverkauf der etwa nicht consumirten Gegenstände kein Handelsgeschäft sein solle, nach Ital. jedoch nur dann, wenn er in Natur erfolgt, nach Span.

Digitized by Google

und Port. unter der Voraussetzung, daß der Veräußernde nicht Kaufmann ist und daß das zur Veräußerung gebrachte Quantum nicht größer ist als das consumirte. — c) Span. und Port. nehmen ferner von den Handelsgeschäften aus: den Kauf beweglicher Zubehörungen von Grundstücken und den Verkauf von Gegenständen, die auf Grund eines Rentenrechts oder aus remuneratorischem oder freigebigem Titel erworben sind. — d) Baden statuirt, abgesehen von der zu a) erwähnten Bestimmung eine Ausnahme hinsichtlich der Verkäufe der Handwerker, sofern sie ihre Waaren nicht hauptsächlich auf den Absatz in ganzen Partieen verarbeiten und in Betreff des Ein- und Verkaufs der blos zum Wochenmarktsbetrieb gehörigen Speisewaaren.

Aus den Entwürfen ist zu bemerken: a) Nach Er. (Tit. 1 Art. 1 Nr. 1) sind Handelsgewerbegeschäfte der Kauf oder die anderweite Anschaffung von beweglichen Sachen und die Veräußerung oder Vermiethung derselben, „so wie sie sind oder verarbeitet". Die Anschaffung soll hier unzweifelhaft auch die Miethe umfassen. Ausdrücklich wird es dabei für gleichgültig erklärt, ob die Anschaffung der Veräußerung vorangeht oder nachfolgt. — Daneben werden im Art. 7 [1] unter den objektiven Handelsgeschäften aufgeführt „der Kauf und die Miethe beweglicher Sachen, um sie so wie sie sind oder verarbeitet zu verkaufen oder zu vermiethen". Andere Arten der Anschaffung sind hier absichtlich ausgeschlossen, ebenso die Realisirungsgeschäfte (Mot. S. 30). Dagegen nehmen die Mot. (S. 29) an, daß auch in diesem Fall Kauf und Miethe ebensowohl die voraufgehenden wie die nachfolgenden Geschäfte sein können. b) Auch Pr. führt die hierher gehörigen Geschäfte doppelt, und zwar im Wesentlichen gleichlautend mit Er. auf in Art. 2 [1] und 212 [1]; die Hauptabweichung besteht darin, daß an ersterer Stelle neben dem Kauf und der Anschaffung noch besonders der Miethe Erwähnung geschieht. (In Pr. 211 [3] werden Anschaffungen eines Kaufmanns für seinen Haushalt besonders ausgenommen. Die Bestimmung ist in den späteren Entwürfen als selbstverständlich fortgeblieben.) c) In E. I, wo unser Geschäft auch noch an zwei Stellen vorkommt (Art 2 [1] und 234 [1]), ist dagegen beide Male ebensowohl die Miethe wie das Vermiethen gestrichen (vgl. Go. § 47 [2]), also an ersterer Stelle blos Kauf und anderweite Anschaffung, an letzterer der Kauf allein genannt. Die Weiterveräußerung der angeschafften Gegenstände gilt auch hier nur als subjektives Handelsgeschäft, Art. 2 [1] (Veräußerung in Natur), 2 [2] (nach einer Verarbeitung). d) Aus E. II gehört nur Art. 254 [1] hierher, wörtlich mit dem H.G.B. übereinstimmend. e) Von den übrigen Entwürfen enthält eine unmittelbar auf das vorstehende Geschäft bezügliche Bestimmung nur Or. 2: „Unter Handelsgeschäften versteht das Gesetz im Allgemeinen den Ankauf von Gegenständen des Verkehrs, um durch den Absatz derselben Gewinn zu ziehen". — f) Den Effektenhandel führt Er. unter den Handelsgewerbegeschäften auf (Art. 1 Nr. 3 „wer gewerbmäßig in Staatspapieren, Aktien, Wechseln oder anderen Schuldpapieren Geschäfte macht"); Pr. hat keine auf denselben bezügliche Sonderbestimmung, erklärt im Gegentheil, wenngleich in anderem Zusammenhang, die öffentlichen Kreditpapiere ausdrücklich für eine Waare (Art. 229). Dagegen finden sich in E. I unter den objektiven Handelsgeschäften (Art. 234 [3]) genannt: „die Kauf- und Lieferungsverträge über Staatspapiere, Aktien und andere für den Handelsverkehr bestimmte Kreditpapiere". In E. II ist diese Bestimmung jedoch bereits wieder eliminirt. Aehnlich wie E. I lautete auch

Digitized by Google

Or. 3.a, fügte aber als weitere Handelsgeschäfte hinzu (3.b): „Alles was auf den Handel mit Wechselbriefen Bezug hat". W. 3[2] nennt „den Verkehr in Handelspapieren (Wechseln, Handelsbillets, Handelsanweisungen, an den Inhaber zahlbaren Papieren)".

[Zu Nr. 2.] Co. 632[3]; Belgien 2[3]: Toute entreprise de fournitures; Italien 2[3]: le impresė di somministrazioni; Baden 1[b] jede Unternehmung in Lieferungen; — in Holl., Span., Port. fehlt eine entsprechende Bestimmung. — Ungarn 258[2] zwar stimmt dem Wortlaut nach mit dem H.G.B. überein; in Folge der Verweisung auf die vorhergehende Nummer sind indeß daselbst nur Waaren und bewegliche Sachen, nicht wie in unserem H.G.B. auch Werthpapiere als Gegenstand des Geschäfts bezeichnet (s. oben S. 115). Da nun die von den Werthpapieren handelnde Nr. 3 des § 258 (s. dieselbe ebenfalls S. 116) nur die Anschaffung derselben erwähnt, so ergiebt sich, auch wenn man die „Waaren und beweglichen Sachen" in Nr. 1 als die Werthpapiere mit umfassend deutet, eine sonderbare Incongruenz zwischen der Anschaffung und der Uebernahme einer Lieferung von „Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren", insofern die erstere jedenfalls, die letztere nur dann, wenn die Absicht nachträglicher Anschaffung vorliegt, zu den Handelsgeschäften gerechnet wird.

Von den Entwürfen führt Er. 7[2] die Uebernahme von Lieferungen in derselben Weise wie das H.G.B. unter den objectiven Handelsgeschäften auf. Als Gegenstand des Geschäfts sind zwar ebenfalls nur bewegliche Sachen genannt, aber nicht in einem die Werthpapiere ausschließenden Sinn. Ein Zusatz hebt hervor, daß auch diejenigen Fälle hierher gehören, in denen der Uebernehmer das anzuschaffende Material verarbeiten läßt. — Pr. erwähnt die Lieferungen an zwei Stellen: als Handelsgewerbegeschäft im Art. 1[2] („wer gewerbmäßig Lieferungen oder Bauten unternimmt") und als objectives Handelsgeschäft in Art. 202[2]. — In E. I ist die Erwähnung an ersterer Stelle gestrichen; Art. 234[2] stimmt mit seinen Vorlagen (Er. 7[2]; Pr. 212[2]) überein, bezieht sich indeß nur auf Waaren und bewegliche Sachen mit Ausschluß der Werthpapiere. Lieferungsverträge, die letzteren betreffend, sollen nach 234[3] schlechthin als Handelsgeschäfte gelten (oben S. 116). E. II. harmonirt auch in Bezug auf die vorstehende Bestimmung vollständig mit dem H.G.B. (Art. 254[2]). — Von den übrigen Entwürfen ist hier nur W. 3 zu erwähnen, mit Baden 1[c] übereinstimmend. Die Bestimmungen dieser Entwürfe hinsichtlich des Effectenhandels s. oben.

[Zu Nr. 3.] Co. 633[4] erwähnt nur die Seeversicherungen, aber ohne zwischen Gegenseitigkeits- und Prämienversicherung zu unterscheiden (toutes assurances concernant le commerce du mer). In Betreff der Binnenversicherungen ist die handelsgeschäftliche Natur der Versicherung auf Prämie bestritten, während die Versicherung auf Gegenseitigkeit allgemein als kein Handelsgeschäft betrachtet wird [Namur I. 90*)]. Mit Rücksicht hierauf nennt Italien 2[15], [16] unter den Handelsgeschäften „die Seeversicherungen, auch wenn auf Gegenseitigkeit geschlossen; die Binnenversicherungen, wenn sie nicht auf Gegenseitigkeit geschlossen sind und

*) Durch eine Verordnung vom 22. Januar 1868 sind in Frankreich die Actiengesellschaften, die Prämienversicherungen betreiben, dem Gesellschaftsgesetz vom 24. Juli 1867 unterstellt: Beil. zu Z. 12 S. 135.

Digitized by Google

zwar lediglich in Betreff des Versicherers". Ebenso Belgien 2[3]: toute entreprise d'assurances à prime; außerdem art. 3[5] mit Co. l. c. übereinstimmend. — Holl. 4[10], Port. 204[10] rechnen alle Versicherungen hieher. Ungarn 258[4] stimmt in verkürzter Fassung mit dem H.G.B. überein („die Uebernahme von Versicherungen").

Er., Pr. und E. I führen die Versicherungen gegen Prämie sowohl unter den Handelsgewerbegeschäften wie unter den objectiven Handelsgeschäften auf (Er. I. 1[7], 7[4]; Pr. 2[4], 212[4]; E. I 2[4], 234[5]); E. II, gleichlautend mit dem H.G.B. nur an letzterer Stelle (254[4]). — W. 3[3], Or. 3[6] erklären gleich dem holl. H.G.B. alle Versicherungen für Handelsgeschäfte. — Ueber die Berathungen der N. C. vgl. Go. § 49 Anm. 3 und 14.

[Zu Nr. 4.] Co. bezeichnet die dem Seerecht angehörigen actes de commerce im art. 633. Ihre Zahl ist bei Weitem größer als nach dem H.G.B. Namhaft gemacht werden außer den Seeversicherungen 1) Uebernahme des Baues von Seeschiffen, Kauf und Verkauf derselben; 2) toutes expéditions maritimes, wohin u. A. auch die Verfrachtung für den Güter- und Personentransport gehört, vgl. Namur I. 109; 3) An- und Verkauf von Ausrüstungsgegenständen und von Proviant; 4) Befrachtung der Schiffe (affrètement ou nolissement; Namur I. 110: prise en location d'un navire); Aufnahme und Hingabe eines Darlehns gegen Verbodmung, sowie alle sonstige auf den Seehandel bezüglichen Verträge; 5) Verträge über Gehalt und Heuer der Equipage; 6) Engagement der Schiffsmannschaft. — Wörtlich gleichlautend bis auf eine redactionelle Aenderung (Namur I. 108). Eine Uebersetzung des Co. ist Italien 2 Nr. 9—15; vgl. auch 723[4]. Eng an denselben schließen sich an Holl. 4 Nr. 4—8; Port. 204 Nr. 4—8. — Entwürfe: Er. 9 verweist auf das Seerecht; Pr. 1[4] erwähnt unter den Handelsgewerbegeschäften Rhederei- und Bodmereibetrieb; E. I 2[4] läßt die Bodmerei fort, nennt dagegen (Art. 234[6]) Rhederei, Verfrachtung von Seeschiffen und Bodmerei unter den objectiven Handelsgeschäften. Letztere Bestimmung wiederholt E. II 254[4]. Die gegenwärtige Fassung beruht auf der dritten Lesung, Prot. 5116 ff., Go. § 50[4].

Zusatz 2. Unerwähnt läßt das H.G.B. die Geschäfte des Wechselrechts. Dieselben sind indeß erst in 2. Les. ausgeschieden; sowohl in Er. (7[3]) wie in Pr. (212[3]) und in E. I (234[7]) figuriren sie unter den objectiven Handelsgeschäften (s. auch Or. 3[6]; W. 3[2], oben S. 117). Gegenwärtig kommen demnach die Wechselverbindlichkeiten nur als subjective Handelsgeschäfte in Betracht, sofern sie entweder als Bankiergeschäfte anzusehen oder von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eingegangen sind. Der Wechselschluß (Vertrag über Geben und Nehmen des Wechsels) kann auch nach Art. 271[1,2] Handelsgeschäft sein; Go. S. 603 f. Die meisten außerdeutschen H.G.bücher stehen auf dem Standpunkt der Entwürfe, einige rechnen auch die aus anderen Ordre- und aus Inhaberpapieren hervorgehenden Verbindlichkeiten zu den objectiven Handelsgeschäften. Vgl. Co. 632[7]; Belgien 2[6]; Ital. 2[6,7]; Holl. 4[2]; Port. 204[2]. Auch in Deutschland werden übrigens die Ansprüche aus Wechselverbindlichkeiten processualisch als Handelssachen betrachtet, s. insbes. Reichsgesetz vom 12. Juni 1869 § 13[2]; D. Ger.Verf.Ges. § 101[2].

Digitized by Google

§ 27.
Handelsgewerbegeschäfte.

Handelsgewerbegeschäfte oder subjektive Grundgeschäfte des Handels sind nach dem H.G.B.:

1) Die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere.[1] Voraussetzung ist, daß die Uebernahme gegen Entgelt geschieht, der zu Grunde liegende Vertrag ist mithin regelmäßig eine Werkverdingung.[2] Der Begriff der Bearbeitung und Verarbeitung ist in demselben Sinn zu nehmen wie im Art. 271[1] (S. 107); das übernommene Werk kann demnach sowohl in der Herstellung einer neuen wie in der Verbesserung oder Umarbeitung einer vorhandenen Sache bestehen.[3] Nicht hierher gehören Verträge über die Herstellung literarischer Erzeugnisse oder Anfertigung von Kunstwerken.[4] Der Besteller kann die zu bearbeitenden Stoffe selbst liefern, durch den Uebernehmer beschaffen lassen oder auch von diesem selbst anschaffen.[5] Nur

---

[1]) Art. 272[1]: Die Uebernahme der Bearbeitung und Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, sofern der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Hierzu Go. § 52; Thöl § 34; v. Hahn, Anschütz zu d. Art.; Pard. I. 35; Namur I. 61 ss.; Lyon I. No. 68 ss. — Die Uebernahme der Arbeiten an unbeweglichen Sachen fällt nicht in den Bereich dieses Geschäfts. Anders z. Th. nach den fremden Gesetzgebungen, s. Zus. am E. d. §.

[2]) Nicht immer; abgesehen davon, daß das Aequivalent nicht in Geld zu bestehen braucht, kann auch Dienstmiethe vorliegen. So wenn der Besitzer einer Dampfdreschmaschine diese nebst dem dazu gehörigen Arbeiterpersonal zeitweise vermiethet. In ähnlicher Weise können auch Dampfwäschereien u. dgl. dem Publikum zur Verfügung gestellt werden, Bu. 15. 157 (Nürnb. 67); 18. 445 (H.G. Frankenthal 67); Z. 13. 629 (Nürnb. 67); vgl. auch R. 18. 98 (389: Dingen eines Werkmeisters im Sinn des Preuß. R.'s). Alle diese Fälle gehören aber nur unter der Voraussetzung hierher, daß nicht ein blos miethweises Ueberlassen von zur Bearbeitung oder Verarbeitung geeigneten Gegenständen und Vorrichtungen (locatio conductio rei) ohne gleichzeitiges Verdingen menschlicher Arbeitskräfte stattfindet; vgl. unten Anm. 18.

[3]) Beispiele: Färben fremder Stoffe, R. 1. 36 (132); Bu. 36. 285 (Hamb. H.G. 15); Waschen, Bleichen Z. 13. 629 (Nürnb. 67); Appretiren Cl. u. A. 1. 109; Gewerbe eines Gold- und Metallschlägers Bu. 5. 305 (Nürnb. 64); Lohnmüllerei, Lohnweberei, wenn in größerem Umfang betrieben, Bu. 5. 348 (Nürnb. 64); 18. 385 (Dresden 68). Andere Fälle bei den Anm. 1. Angeff., s. auch vor. Anm. und oben Zus. zu § 24.

[4]) Go. S. 597; v. Hahn, Anschütz a. a. O.

[5]) Zu eng ist es, wenn Er. 1[2] die Ueberlieferung der Sachen an den Ueber-

Digitized by Google

darf kein Vertrag über die Lieferung des fertigen Fabrikates vorliegen;[6]) der Stoff muß entweder dem Uebernehmer vom Besteller zum Zweck der Bearbeitung oder Verarbeitung übergeben oder zu diesem Behuf für Rechnung des Bestellers durch den Uebernehmer erworben, oder wenn er schon früher im Eigenthum des letzteren gestanden, zur Zeit der Bearbeitung oder Verarbeitung bereits an den Besteller veräußert sein.[7]) Erforderlich ist ferner außer der Gewerbmäßigkeit, daß der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Es wird mithin ein Betrieb verlangt, welcher den Charakter des Großbetriebs oder der Fabrikation hat.[8]) Die Grenze zwischen Handwerk und Fabrikation läßt sich nicht nach abstrakten Merkmalen, sondern nur im concreten Fall feststellen.[9])

---

nehmer zur Verarbeitung und demnächstigen Zurückgabe mit in die Begriffsbestimmung aufnimmt, da hierdurch die andern oben erwähnten Fälle ausgeschlossen werden. Aehnlich allerdings auch Bu. 39. 114 (O.Trib. Berlin 77); Cl. u. A. 3. 372. In den Fällen, in denen der Uebernehmer den Stoff im Auftrag des Bestellers anschafft oder an denselben veräußert, treten zur Uebernahme andere Geschäfte hinzu, die mindestens den Charakter accessorischer Handelsgeschäfte haben; in dem ersten dieser beiden Fälle ist der Uebernehmer regelmäßig Einkaufs-Commissionär des Bestellers.

[6]) Nach gemeinem Recht ist ein solcher Vertrag nach den Regeln vom Kauf zu beurtheilen; anders z. Th. die Partikularrechte; über das Preuß. L.R. vgl. R. 2. 68 (289); 6. 9 (32); 19. 73 (263); 23. 30 (87).

[7]) Ist der Uebernehmer zugleich Einkaufscommissionär des Bestellers, so wird er regelmäßig zunächst selbst Eigenthümer des angekauften Stoffes und kann dies sehr wohl auch noch im Moment der Bearbeitung sein. Ebenso braucht, wenn der Besteller den Stoff vom Uebernehmer anschafft, der Eigenthumsübergang an ersteren nicht vor der Bearbeitung stattgefunden zu haben. Bearbeitung von Sachen für Andere ist demnach nicht gleichbedeutend mit Bearbeitung von Sachen anderer Personen, so Z. 11. 106 (A.G. Cöln 64). — Unter der Voraussetzung, daß eine vorgängige Veräußerung an den Besteller stattfindet, kann auch die Uebernahme der Bearbeitung und Verarbeitung von selbstproducirten Stoffen Handelsgeschäft sein.

[8]) Die Bezeichnung eines gewerblichen Unternehmens als Fabrik deutet auf einen Großbetrieb hin, R. 14. 41 (117), vgl. auch A.L.R. II. 8 § 407: „Anstalten, in welchen die Verarbeitung oder Verfeinerung gewisser Naturerzeugnisse im Großen getrieben wird." Indeß ist diese Bezeichnung nicht unbedingt entscheidend. Fabrikunternehmer sind übrigens in der Regel schon deswegen Kaufleute, weil sie gewerbmäßig Handelsgeschäfte im Sinn des Art. 271 [1] treiben.

[9]) Ueber diese Grenze und die Unmöglichkeit, allgemeine Regeln für dieselbe aufzustellen, s. namentlich die Motive zu Er. I. 1 S. 12 ff.; Pr. Motive S. 7; Go. § 46, auch unten § 36. Das auf der N. C. in Vorschlag gebrachte, aber

Digitized by Google

2) **Bankier- oder Geldwechslergeschäfte.**[10]) Geld, edle Metalle und Werthpapiere sind die Waaren, mit denen der Bankier und der Geldwechsler Handel treibt. Die Zahl der Bankiergeschäfte ist nicht abgeschlossen; welche einzelnen Geschäfte hierher gehören, ist wesentlich mit Rücksicht auf die Anschauungen des kaufmännischen Verkehrs zu bestimmen.[11]) Zum Theil sind dieselben schon aus anderen Gründen Handelsgeschäfte.

3) **Die Geschäfte des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers sowie der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten.**[12]) a. Commissionär ist, wer gewerbmäßig in eignem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schließt (Art. 360);[13]) Spe-

nicht angenommene Kriterium, ob die Handarbeit vorherrschender Factor der Wertherzeugung sei (Prot. S. 519), entspricht zwar der ursprünglichen Bedeutung des Wortes Handwerk, ist aber für unsre heutigen Gewerbsverhältnisse nicht allgemein zutreffend. Einzelne Anwendungen mit Bezug auf das vorliegende Geschäft in den Anm. 2, 3 angeff. Erkenntnissen, auch Bu. 7. 160; 11. 214, 215.

[10]) Art. 272²; Go. § 53; Thöl § 28; v. Hahn, Anschütz zu d. Art.; Pard. I. No. 22—31; Massé II. 961; Lyon I. 112; Namur I. 92—100.

[11]) Auf den im gewöhnlichen Leben mit dem Ausdruck Bankiergeschäfte verbundenen Begriff verweisen bereits die Mot. zu Pr. S. 7. Die Geldwechslergeschäfte werden ebendas. richtig als eine Unterart der Bankiergeschäfte bezeichnet. Zu den letzteren gehören nicht schlechthin alle Geschäfte, bei denen die im Text genannten Gegenstände als Waaren in Betracht kommen, auch nicht unter allen Umständen deswegen, weil sie dieselbe rechtliche Natur haben wie unzweifelhafte Bankiergeschäfte. So ist z. B. das Gewerbe gewerbmäßiger Geldverleiher so wie der Inhaber von Pfandleihanstalten nicht, das der Sparkassen nur bedingungsweise zu den Bankiergeschäften zu rechnen. Vgl. oben § 24 Anm. 2, § 25 Anm. 6 und überhaupt zur Begriffsbestimmung R. 1. 63 (217 ff.); 2. 7 (45); 2. 23 (97); 2. 96 (430); 13. 102 (313); 24. 8 (34 ff.); Z. 13. 619 (Nürnb. 67); 20. 581 (Nürnb. 70), 582 (München O.A.G. 72); Bu. 4. 469 (Danzig Comm.Coll. 64); 11. 5 (Bremen H.G. 66); 14. 418 (Cöln A.G. 68); 18. 124 (Nürnb. 67); 38. 227 (O.Tr. Berlin 75). Verträge über Immobilien sind, auch wenn sie nach der im Verkehr herrschenden Auffassung in den Bereich des Bankiergewerbes fallen, keine Handelsgeschäfte. Das Detail gehört in das fünfte Buch.

[12]) Art. 272³. — Go. § 54; v. Hahn, Anschütz zu d. Art.; Grünhut Recht des Commissionshandels, insbes. S. 42 ff., S. 526 f.; Pard. I. 39, 40; Lyon I. 105, 106; Namur I. 68—78. — Auch hier ist in Bezug auf die Einzelheiten auf das fünfte Buch zu verweisen.

[13]) Ob das für fremde Rechnung geschlossene Geschäft Handelsgeschäft ist, bestimmt sich nach der Person des Auftraggebers. Der Auftrag muß auf ein Geschäft gerichtet sein, welches für den Committenten, wenn dieser es in Person abschlösse, Handelsgeschäft sein würde. Unter dieser Voraussetzung aber können

Digitized by Google

biteur, wer gewerbmäßig in eignem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer und Schiffer zu besorgen übernimmt (Art. 379). Beide Gewerbe zusammen umfassen das Gebiet der Commissions- im Gegensatz zu dem des Propre-handels.[14]) Das Handelsgewerbegeschäft besteht in beiden Fällen in der Uebernahme des Auftrages, nicht in den auf Grund desselben mit dritten Personen abgeschlossenen Verträgen.[15]) b. Die Transportgeschäfte sind Handelsgewerbegeschäfte, wenn sie den Binnentransport (zu Lande oder auf Binnengewässern) betreffen.[16]) Gewerbmäßiger Gütertransport zu Lande oder auf Binnengewässern[17]) gehört auch bei dem geringsten Umfang des Gewerbebetriebs hierher; der Personentransport nur dann, wenn derselbe durch eine Anstalt bewirkt wird. Anstalt bedeutet eine auf einen Betrieb in größerem Maßstab angelegte kaufmännische Unternehmung. Ausgeschlossen ist demnach wie oben zu 1) der Betrieb von geringem Umfang, z. B. das Gewerbe der gewöhnlichen Lohnkutscher. Die Grenze zwischen Groß- und Kleinbetrieb läßt sich auch in diesem Fall nur concret bestimmen.[18])

---

alle Handelsgeschäfte, objective wie subjective, Grundgeschäfte und accessorische Handelsgeschäfte Gegenstand der Commission sein, Go. S. 610 und Anm. 3, 4 das. — Von dem Erforderniß der Gewerbmäßigkeit wird hier wie bei allen Handelsgewerbegeschäften in dem Fall des Schlußsatzes von Art. 272 abgesehen. Eine dahin gehende Specialbestimmung für das Kommissionsgeschäft enthält Art. 378; gleiche Bestimmungen für das Speditions- und Frachtgeschäft Art. 388, 420.

[14]) Oben S. 7. Das Speditionsgeschäft ist eine Abart des Commissionsgeschäfts, eine bloße Unterart deswegen nicht, weil die Verträge, auf deren Abschluß der Speditionsauftrag gerichtet ist, nicht nothwendig Handelsgeschäfte für den Auftraggeber sind.

[15]) Die Uebernahme des Auftrags steht in dieser Hinsicht den Spekulations-, die Ausführung desselben den Realisirungsgeschäften gleich (§ 26 Nr. 1, 2). Letztere ist daher kein Grundgeschäft, sondern nur accessorisches Handelsgeschäft. A. M. Go. S. 609, 612.

[16]) Im Gegensatz zum Seetransport, oben § 26 Nr. 4 (S. 114).

[17]) Geschäft des Frachtführers, Art. 390. „Gewöhnliche" Fuhrleute und Schiffer sind Kaufleute minderen Rechts, Art. 10, unten § 36. Staatseisenbahnen und Reichspost sind, sofern sie Güter und Briefe befördern, Frachtführer, a. M. Go. I S. 617, 625 f.; oben § 25 Anm. 2. Dagegen ist die Beförderung von Telegrammen weder Frachtgeschäft noch überhaupt Handelsgeschäft.

[18]) Hierzu außer den Anm. 12 Angeff. besonders Noack in Bu. 2 S. 27 ff. Gegen seine Begriffsstimmung, daß die Transportmittel nicht unter der Verfügung der einzelnen Transportanten stehen dürfen, Go. und v. Hahn a. a. O. Für den Unterschied zwischen Groß- und Kleinbetrieb, auf welchen der Ausdruck An-

Digitized by Google

4) **Vermittlung und Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen.**[19] a. **Vermittler** ist, wer den Abschluß von Rechtsgeschäften unter dritten Personen herbeiführt. Der Vermittler weist Gelegenheit zum Vertragsschluß nach, sucht Contractslustige auf, unterhandelt mit ihnen, um sie zur Eingehung eines Geschäftes zu bestimmen. Seine Thätigkeit ist demnach vorbereitender Natur,[20] in seiner Eigenschaft als Vermittler ist er bei dem Abschluß des Vertrages nicht betheiligt, sondern überläßt denselben den Parteien oder ihren Stellvertretern.[21] Die Vermittelung muß sich, um hierher zu gehören, auf den Abschluß von Handelsgeschäften richten;[22] im Uebrigen kommt auf die Beschaffenheit

---

statt hinweist, ergiebt sich hieraus kein entscheidendes Merkmal. Findet ein bloßes Vermiethen von Transportmitteln ohne gleichzeitiges Verdingen menschlicher Arbeitskraft statt, so liegt überhaupt kein Transportgeschäft vor. Daher ist ein Posthalter nicht Kaufmann, da das Gewerbe, welches er in eignem Namen betreibt, lediglich in der Gestellung von Transportmitteln besteht, Bu. 26. 200, oben § 24, Anm. 8. (Bestritten nach französ. Recht, wo aber andere Gesichtspunkte in Betracht kommen, Bédarr. I. 46; Lyon I. 106; Namur I. 78.) — Vgl. übrigens in Betreff des Personentransportes noch Z. 6. 555 (K.G. Berlin 62); 11. 116; 20. 583 (Nürnb. 64, 69).

[19]) Art. 272⁴: Die Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen; die amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler sind jedoch hierin nicht einbegriffen. — Go. § 55; v. Hahn, Anschütz zu d. Art.; Pard. I. 41—44; Lyon I. 107, 108, 111; Namur I. 83—86.

[20]) Auch Botendienste gehören unter Umständen zum Geschäft des Vermittlers.

[21]) Wenn ein Dritter im Auftrag des Auswanderers den Beförderungsvertrag mit der Rhederei abschließt, so ist dies demnach kein Akt einer vermittelnden Thätigkeit. Das bei Oppenhoff 19 S. 240, Bu. 39. 115 mitgetheilte Erkenntniß des Berl. O.Tr.'s, welches sich in entgegengesetztem Sinn ausspricht, hat nicht das H.G.B., sondern § 10 des Preuß. Ges. vom 7. Mai 1853 betr. die Beförderung von Auswanderern (G.S. 1853 S. 729) im Auge, der es für strafbar erklärt, wenn Jemand „ohne Konzession Verträge mit Auswanderern zum Zweck deren Beförderung nach außerdeutschen Ländern abschließt oder vermittelt." — Thatsächlich kommt es übrigens sehr häufig vor, daß die Funktionen des Vermittlers und Stellvertreters in derselben Person zusammentreffen.

[22]) Ausgeschlossen ist demnach insbesondere die Vermittelung von Verträgen über Immobilien; sie ist aber auch kein Vertrag über Immobilien und kann daher accessorisches Handelsgeschäft sein, wenn der Vermittler Kaufmann ist, R. 16. 1 (1 ff.), auch R. 10. 10 (429 ff.); entgegengesetzt Bu. 7. 223 (Thorn 64); 9. 144 (St.G. Berlin); 19. 28. 29 (Mannheim Hofger. u. O.Hofger. 68, 69); 29. 315 (O.Tr. Berlin 73); Z. 20. 589 (Nürnb. 73); Go. § 55 zu Note 28; Thöl § 35; s. auch unten § 31.

Digitized by Google

der vermittelten Geschäfte nichts an.[23]) Unter der eben erwähnten Voraussetzung ist das Rechtsverhältniß, in welches der gewerbemäßige Vermittler zu den contrahirenden Parteien tritt, ebenfalls Handelsgeschäft. Eine Ausnahme macht das H.G.B. in Betreff der Vermittelung der Handelsmäkler, die, soweit sie zu ihren Amtsgeschäften gehört, kein Handelsgeschäft ist.[24]) — b. **Abschließung von Handelsgeschäften für Andere** bezeichnet die Fälle der directen Stellvertretung, wo also das Geschäft nicht bloß für Rechnung, sondern auch im Namen des Vertretenen geschlossen wird. Auch hier ist das Rechtsverhältniß zwischen Vertreter und Geschäftsherrn subjectives Handelsgeschäft, wenn die Vertretung selbst Handelsgeschäfte betrifft.[25]) Aus dem Erforderniß der Gewerbmäßigkeit folgt, daß der Vertreter in dieser seiner Eigenschaft selbstständiger Gewerbetreibender sein muß. Auszuscheiden sind deshalb diejenigen Stellvertreter, die die Stellung von Handlungsgehülfen einnehmen. Zu den selbständigen Vertretern gehören namentlich die Agenten und die Veranstalter von Versteigerungen.[26])

5) **Die Geschäfte des Buch- und Kunsthandels und der Druckereien.**[27]) Der Buch- und Kunsthandel ist entweder Verlag oder Detailhandel oder Betreibung buchhändlerischer Hülfsgewerbe.[28]) Der Verlag richtet sich auf den Vertrieb von Auf-

---

[23]) Vermittlung von objektiven Handelsgeschäften, Handelsgewerbegeschäften, accessorischen Handelsgeschäften, auch blos einseitigen Handelsgeschäften gehört hierher, z. B. Stellenvermittlung für Handlungsgehülfen, vgl. R. 23. 4 (20).

[24]) Auf Antrag Bremens mit Rücksicht auf Art. 69 [1] in dritter Les. beschlossen, Prot. 4560, 5064 ff. Kein anderes Gesetzbuch enthält eine derartige Bestimmung, für die sich auch schwerlich eine legislative Rechtfertigung geben läßt.

[25]) Gleichgültig ist, ebenso wie bei der Vermittlung, welcher Art die Handelsgeschäfte sind. Insbesondere gehört auch die Vertretung beim Abschluß einseitiger Handelsgeschäfte hierher, selbst dann, wenn das Geschäft nicht auf Seite der Vertretenen, sondern nur des Gegenkontrahenten Handelsgeschäft ist.

[26]) Der Ausdruck Agent ist allerdings von unbestimmter Bedeutung und kann auch den Handlungsgehülfen, ebenso den bloßen Vermittler bezeichnen. Auch der Versteigerer kann nur Vermittler sein. Näheres über diese und andere hierher gehörige Fälle Buch II Kap. 3.

[27]) Art. 272 [5]: Die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels, ferner die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb nicht ein nur handwerksmäßiger ist. — Go. § 56, Thöl § 29, v. Hahn, Anschütz zu d. Art.

[28]) Die verschiedenen Zweige des Buch- und Kunsthandels und der Betrieb von Druckereien sind häufig in einer Hand vereinigt.

Digitized by Google

lagen,[29]) der Detailhandel auf den Vertrieb einzelner Exemplare eines literarischen oder artistischen Erzeugnisses. Buchhändlerische Detailgeschäfte sind namentlich der Sortiments- und der Antiquariatsbuchhandel.[30]) Zu den buchhändlerischen Nebengewerben gehören insbesondere die Geschäfte der sog. Buchhändlerkommissionäre, des Zeitungsdebits der Postanstalten, der Colporteure, der Subscribenten- und Annoncensammler.[31]) Unter den Druckereien sind An-

[29]) Zum Verlagsgeschäft gehören insbesondere a) der Abschluß von Verlagsverträgen; b) die Verträge, die behufs Herstellung von Auflagen literarischer oder artistischer Erzeugnisse geschlossen werden (Vervielfältigungsverträge); c) die Rechtsgeschäfte, die auf den Vertrieb der Auflage gerichtet sind, namentlich die Verträge des Verlegers mit den Sortimentsbuchhändlern. Die letzte Kategorie allein ist ein unentbehrlicher Bestandtheil des Verlagsgeschäfts. Die Vervielfältigungsverträge fallen ganz oder zum Theil fort, wenn der Verleger zugleich Drucker und Papierlieferant ist. Verlagsgeschäfte ohne zu Grunde liegende Verlagsverträge kommen vor bei dem Commissionsverlag und dem Selbstverlag. Commissionsverlag liegt vor, wenn ein Schrift- oder Kunstwerk im Namen des Verlegers, aber für Rechnung eines Dritten (regelmäßig des Autors) verlegt wird. Der Commissionsverlag fällt mithin in das Gebiet des Commissionshandels, ist jedoch kein Commissionsgeschäft im eigentlichen Sinn, da die Verträge, die der Verleger für Rechnung des Dritten abschließt, für diesen keine Handelsgeschäfte sind. Handelsgeschäft im Sinne des Art. 272[5] ist der Commissionsvertrag immer, wenn der Verleger Buchhändler ist. — Der Selbstverlag, der durch den Verfasser oder Herausgeber bewirkt wird, giebt zu Verlagsgeschäften der zweiten und dritten Kategorie Veranlassung. Hierher gehört derselbe, wenn diese Geschäfte für den Selbstverleger den Charakter der Gewerbmäßigkeit an sich tragen. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Buchhändler ein von ihm selbst verfaßtes Werk auf den Markt bringt; die Gewerbmäßigkeit kann aber auch durch die Beschaffenheit des einzelnen Werkes begründet sein, G o. S. 644 f., v. Hahn S. 39[12], oben § 23 Anm. 7. Eine z. Th. zu besonderen Rechtsverhältnissen Veranlassung gebende Art des Verlagsgeschäfts ist der Zeitungsverlag, daher auch die Engagementsverträge zwischen dem Verleger und dem Redacteur, den Correspondenten, Reportern u. dgl. auf Seite des ersteren Handelsgeschäfte sind. Z. 13. 634 (Nürnb. 66).

[30]) Historisches über den Sortimentshandel: Buhl zur Rechtsgeschichte des deutschen Sortimentsbuchhandels (Festgabe für Bluntschli), Heidelberg 1879.

[31]) Die Geschäfte der hier genannten Hülfsgewerbe haben einen verschiedenen juristischen Charakter. Der buchhändlerische Commissionär (zu unterscheiden vom Commissionsverleger) betreibt nicht Commissions- sondern Vermittlungs- und Stellvertretungsgeschäfte, R. 23. 4 (17). Der Zeitungsdebit der Postanstalten ist eine Verbindung von Fracht- und derartigen buchhändlerischen Commissionsgeschäften, ebdas. Ebenso fällt die buchhändlerische Colportage, die Thätigkeit der Subscribenten- und Annoncensammler meist unter die Vermittlungs- und Stellvertretungsgeschäfte, Z. 13. 634 (Nürnb. 67), wogegen die Inhaber von Annoncenbureaus (Annoncen-, Inseratenspediteure) in der Regel in eignem Namen mit den Ver-

Digitized by Google

stalten zu verstehen, die sich mit der Vervielfältigung von Schriftsachen oder Kunstwerken vermittelst des Druckes oder eines ähnlichen mechanischen Verfahrens beschäftigen.[32]) Die Geschäfte derselben sind nur dann Handelsgewerbegeschäfte, wenn ihr Betrieb nicht ein nur handwerksmäßiger ist.[33]) — Die Geschäfte des Buch- und Kunsthandels wie die der Druckereien sind zum Theil schon aus anderen Gründen Handelsgeschäfte.[34])

Die Handelsgewerbegeschäfte sind gleich den objektiven Handelsgeschäften sämmtlich nur einseitige Handelsgeschäfte, nämlich nur auf Seite desjenigen, der die betreffenden Geschäfte gewerbmäßig betreibt.[35])

Zusatz. [Zu Nr. 1.] Co. 632 [2]: toute entreprise de manufactures; gleichlautend Italien 2 [2]; dazu aber auch 2 [8]: le imprese di fabbriche e costruzioni, se l'imprenditore provvede i materiali; Baden 1 [4]: jede Unternehmung von Manufacturen, Fabriken. Belgien 2 [2]: toute entrepr. de m. ou d'usines, de travaux publics ou privés. In Holl., Port. und Span. fehlt eine entsprechende Bestimmung; Ungarn 259 [1] stimmt mit dem H.G.B. überein; nur heißt es hier: „Umfang des Kleingewerbes" statt: „Umfang des Handwerksbetriebs". — Ueber die Bedeutung von entreprise de manufactures vgl. Pard. I. 35; Namur I. 61 ss.; Lyon I. 93 ss.; Motive zu Er. S. 12 ff. Der Ausdruck bezeichnet im Wesentlichen dieselben Geschäfte wie die Bestimmung des H.G.B.'s, einen Gewerbebetrieb, der zum Gegenstand hat la transformation

---

legern der öffentlichen Blätter contrahiren. Ueber letztere R. 1. 62 (208 ff.); 4. 26 (135); 12. 69 (214); aber auch Go. § 54 [5]. Geschäfte der Leihbibliotheken sind keine Buchhändlergeschäfte.

[32]) Auch photographische Anstalten gehören hierher, dagegen nicht diejenigen Druckereien, deren Gewerbebetrieb in der Bearbeitung beweglicher Sachen besteht (Kattun-, Zeugdruckereien).

[33]) Die Grenze des Handwerksbetriebes ist auch hier im concreten Fall zu bestimmen. Die Sächs. Ausführungsverordn. vom 30. December 1861 bestimmt im § 4 [3], daß der Betrieb im Zweifel als ein handwerksmäßiger anzusehen sei, wenn er mit einer Presse ausgeführt wird. Darin liegt eine Declaration des H.G.B.'s, die seit dem Gesetz vom 5. Juni 1869 als solche nicht mehr maßgebend ist, aber in der Regel zutreffen wird.

[34]) Keineswegs gilt dies indeß für sämmtliche hierher gehörige Geschäfte; es ist nicht gerechtfertigt, wenn Thöl in der vorstehenden Bestimmung lediglich eine Wiederholung findet. Insbesondere läßt sich der Verlagsvertrag unter keine andere Kategorie bringen. Anders nach französischer Auffassung, nach welcher die propriété littéraire und artistique gleich körperlichen Sachen als Waare betrachtet wird, Pard. I. 9; Massé II. 1392; Lyon I. 72; vgl. auch oben § 26 Anm. 4.

[35]) Zweiseitige Handelsgeschäfte sind sie, wenn das Geschäft auch für den andern Contrahenten ein Grundgeschäft oder ein accessorisches Handelsgeschäft ist, unten § 30.

Digitized by Google

des choses, spécialement des matières premières en objets d'une nouvelle espèce. Auch wird ebenso wie bei uns ein Betrieb in größerem Umfang gefordert und der handwerksmäßige Betrieb für ausgeschlossen erachtet; es muß ein spéculer sur le salaire des ouvriers vorliegen (Namur). — Die Hinzufügung der usines im belgischen Text ist dadurch veranlaßt worden, daß die Subsumtion einzelner Gewerbe (Namur nennt Müller und Färber; Usine: fabrique, dont le produit est obtenu par des machines plus que par le travail des ouvriers tels que moulins, forges; Littré) unter die manufactures zweifelhaft erschien. Weit bedeutsamer ist die Ausdehnung auf die travaux publics et privés, den imprese di costruzioni des ital. G.B.'s entsprechend. Danach gehört u. A. auch die Uebernahme von Arbeiten hieher, die auf Herstellung eines opus in solo gerichtet sind (Namur I. 67), was freilich zum Theil auch bereits die französische Jurisprudenz, aber doch vom Standpunkt des Co. schwerlich mit Recht, angenommen hatte; s. auch am Schluß d. Zus. und Zus. zu § 32.

Von den Entwürfen definirt Er. 1[2] das obige Geschäft etwas enger als das H.G.B. (s. Anm. 5). Dagegen stimmen Pr. und E. I (Art. 2[3]) inhaltlich, E. II (255[1]) auch dem Wortlaut nach mit demselben überein. Die übrigen Entwürfe haben keine entsprechende Bestimmungen; Om. 4 und Or. 8 bestimmen im Gegentheil, daß Besitzer von Fabriken nur nach Maßgabe der für sie geltenden Sondervorschriften als Kaufleute betrachtet werden sollen.

[Zu Nr. 2.] Co. 632[4,5]: toute opération de change (et de) banque, toutes les opérations des banques publiques; gleichlautend Belgien 2[4,5]. Opér. de change bedeutet den Handwechsel, Lyon I. 112. Nur die Bank- und Wechselgeschäfte nennen Baden 1[6]; Ital. 2[4,5]. In Holl. 4[3] werden die Geschäfte der Bankiers, in der nächstvorhergehenden Nummer der Handel mit Wechselbriefen und Orderpapieren, zugleich aber auch die aus solchen Urkunden hervorgehenden Verbindlichkeiten als Handelsgeschäfte bezeichnet (oben S. 115). Ungarn 259[2]: „Die Bank- und Geldwechslergeschäfte". — Von den Entwürfen gehören hierher Pr. 2[3]; E I 2[3]; E. II 255[2]; — außerdem die oben S. 116, 117 angeff. Bestimmungen und W. 3[5]: „Unternehmungen von Leihhäusern, Tontinen, Sparkassen, Wittwen- und Waisenkassen". — Vgl. auch § 25 Anm. 5.

[Zu Nr. 3.] Co. 632[2] toute entreprise de commission, de transport par terre et par eau. (Zur entrepr. de commission gehört auch die commission de transport, d. h. das Speditionsgeschäft; die entrepr. de transport umfaßt alle Arten der Personen- und Güterbeförderung, obwohl die Transportgeschäfte zur See schon unter die expéditions maritimes fallen, oben Zus. zu § 26 S. 118). Wörtlich gleichlautend Ital. 2[2]; Belg. 2[2]. — Baden 1[4] übersetzt: „jede Unternehmung von Zwischenhandelsgeschäften zu Wasser und zu Land." — Holland nennt in Art. 4 Nr. 1 den Commissionshandel, in Nr. 10 Spedition und Transport von Kaufmannsgütern (es ist indeß nach de Wal I. bl. 115 der Gütertransport überhaupt gemeint; irrthümlich interpretiren diese Bestimmung die Motive zu Pr. S. 157; ein gleiches Mißverständniß scheint auch in W. zu Grunde zu liegen, vergl. Motive zu dems. S. 112). Aehnlich Port. 204[4,6]. Spanien 62[2,5] führt Commissionäre und Frachtführer, Port. 100[4,5] Spediteure und Frachtführer unter den Hülfspersonen des Handels auf. Keines der angef. Gesetze macht beim Transport-

Digitized by Google

geschäft einen Unterschied zwischen Groß- und Kleinbetrieb. Ganz mit dem H.G.B. stimmt dagegen Ungarn 259 [3]. — In den Entwürfen, von Er. an, figuriren die obigen Geschäfte ebenfalls unter den Handelsgewerbegeschäften (Er. 1 [4, 6]; Pr. 2 [5]; E. I 2 [5]; E. II 255 [3]). E. II hat wörtlich den Text des H.G.B.'s; die anderen weichen in folgenden Beziehungen ab: a) Er. beschränkt den Begriff des Commissionärs nicht blos auf den Abschluß von Handelsgeschäften, sondern rechnet dahin jeden, der gewerbmäßig für fremde Rechnung in eignem Namen zahlt oder einkassirt oder Verträge schließt (vgl. Mot. S. 15 f.). b) Er. und Pr. umfassen dem Wortlaut nach alle Transportgeschäfte; nach den Motiven zu Er. (S. 19) soll indeß durch das Wort Transport sowohl in Bezug auf Güter- wie auf Personenbeförderung eine Grenze gegenüber dem kleinen Gewerbebetrieb gezogen sein; die Motive zu Pr. enthalten gelegentlich eine derartige Bemerkung in Betreff der Güterbeförderung (S. 168). c) In E. I fehlt der Personentransport ganz; auch werden hier die gewöhnlichen Fuhrleute nicht zu den Kaufleuten gerechnet; dagegen wird in Art. 234 [4] die Uebernahme von Frachtgeschäften auch als objectives Handelsgeschäft (und zwar ohne jede Einschränkung) bezeichnet. — Was die übrigen Entwürfe anlangt, so enthalten sowohl W. wie Om. und Or. Bestimmungen über das Kommissions-, Speditions- und Frachtgeschäft; bei der Aufzählung der Handelsgeschäfte werden aber hiervon nur in W. 3 [a] die „Unternehmungen von Kommissionsbureaus", in Or. 3 [c] die „Unternehmungen zur Absendung und zum Transport von Kaufmannsgütern" namhaft gemacht.

[Zu Nr. 4.] Co. 632 [3, 4] toute entreprise d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan ..., toute opération de courtage. Ebenso Baden 1 [5, 6]; Belgien 2 [3, 4]; Italien 2 [3, 4], letzteres mit Weglassung der Versteigerungsbureaus (der Begriff der agences und bureaux d'affaires, der sich in all diesen Gesetzen wiederfindet, ist außerordentlich unbestimmt und nicht auf Handelsgeschäfte beschränkt; man rechnet dahin z. B. Uebersetzungsbureaus; Anstalten zur Beschaffung von Ersatzmännern für den Militärdienst; Sparkassen; Tontinen. Einige wollen sogar alle Prämienversicherungsgesellschaften hier unterbringen, vergl. Lyon I. p. 61 Note 3 und die oben Anm. 19 Angeff.). Holland 4 [3] erwähnt nur die Geschäfte der Makler und der Inhaber von Verwaltungsstellen (administratie-kantooren) für öffentliche Fonds; Port. 204 [3] allein die ersteren. Aehnlich Ungarn 259 [7] blos: „die Vermittlung von Handelsgeschäften". Spanien 62 [1] nennt die Makler unter den Hülfspersonen, so auch Port. 100 [1]. — Von den Entwürfen zählt Er. 1 [4, 5] sowohl Vermittlung wie Stellvertretung hierher, und zwar wie beim Commissionär, ohne Beschränkung auf Handelsgeschäfte; Pr. 2 [8] spricht von „Anstalten zur gewerbmäßigen Vermittlung von Geschäften zwischen anderen Personen"; E. I hat keine entsprechende Bestimmung; E. II 255 [4] stimmt mit dem H.G.B. überein bis auf den die amtlichen Geschäfte der Handelsmakler betreffenden Zusatz, der erst in 3. Les. hinzugefügt ist, oben Anm. 24. — Zu vergleichen ist außerdem noch W. 3 [s]: „Unternehmungen von öffentlichen Versteigerungen, Correspondenz-, Commissions- und Geschäftsbureaus".

[Zu Nr. 5.] Eine gleiche Bestimmung Ungarn 259 [5]. Entwürfe: Pr. 2 [7]: „wer gewerbmäßig den Verlag von Schriften oder den Verlag einer Zeitung betreibt"; E. I 2 [6]: „wer gewerbmäßig Buchhändlergeschäfte betreibt"; E. II 255 [5] wörtlich mit dem H.G.B. übereinstimmend.

Handelsgewerbegeschäfte, die in anderen Gesetzbüchern und in den Entwürfen,

Digitized by Google

aber nicht im H.G.B. als solche anerkannt werden, sind: a) entreprise de spectacles publics, Co. 632[3]; Baden 1[5]; Italien 2[3]; Belgien 2[3]; Er. 1[9]; b) Geschäfte der öffentlichen Lagerhäuser: Ungarn 259[4]; c) Geschäfte der Selbstproducenten, insbesondere des Montangewerbes, sofern der Gewerbebetrieb den Umfang des Kleingewerbes übersteigt: Ungarn 259[6] (oben S. 115); d) Halten von Lagerräumen zur Aufnahme von Waaren Er. 1[8]; e) Unternehmung von Bauten Pr. 1[6]. Vgl. auch oben zu Nr. 1 und Zus. zu § 31; f) W. 3[5—7] zählt unter den Handelsgeschäften noch auf: Unternehmungen von Leihhäusern, Tontinen, Sparkassen, Wittwen- und Waisenkassen, Verbindungen Mehrerer zu einzelnen Spekulationskäufen (Spekulationsvereine), Verkehr auf Messen oder Jahrmärkten in den zu Markt gebrachten Gegenständen mit Ausnahme der zum Wochenmarktsbetrieb geeigneten Speisewaaren (oben S. 116).

§ 28.

Accessorische Handelsgeschäfte.[1])

Accessorische oder abgeleitete Handelsgeschäfte[2]) sind die Geschäfte, welche das Gesetz deswegen zu den Handelsgeschäften rechnet, weil sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eingegangen sind.[3]) Zum Begriff der accessorischen Handelsgeschäfte gehört: a) Zusammenhang mit einem concreten Handelsgewerbe.[4]) Das einzelne Geschäft muß von einem Kaufmann als

---

[1]) Go. § 57; Thöl § 34; Endem. § 5; v. Hahn, Anschütz zu Art. 272 a. E. und zu Art. 273; Pard. I No. 17 inf., No. 19, 46, 48 ss., Massé II No. 965 ss., Lyon I No. 117 ss, Namur I 103 ss.; Holtius I bl. 63—67; de Wal I bl. 56—58, s. auch Zus. zu § 29.

[2]) Art. 273[1]: Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen. — Zur Redaktionsgeschichte Go. Anm. 2. Ihrem Wortlaut nach bezieht sich diese Bestimmung nicht blos auf die accessorischen Handelsgeschäfte in der obigen Beschränkung, sondern auch auf die oben zu b) ausgeschlossenen Geschäfte, ist aber für diese letzteren, da sich für sie der Begriff des Handelsgeschäfts aus anderen Merkmalen ergiebt, bedeutungslos. Theilweise abweichend Go. S. 648 f., Thöl a. a. O., v. Hahn zu Art. 273 § 4.

[3]) Mit Rücksicht hierauf rechtfertigt sich auch die Bezeichnung abgeleitete Handelsgeschäfte. Die französische Jurisprudenz (vgl. über dieselbe Zusatz zu § 22 und 29) bezeichnet die hierher gehörigen Geschäfte als des actes qualifiés commerciaux par la qualité des obligés, Pard., Lyon l. c.

[4]) Das Erforderniß des Zusammenhangs mit einem concreten Handelsgewerbe, oder was dasselbe sagen will, der Zugehörigkeit zu dem Handelsbetrieb desjenigen, der die betr. Geschäfte abgeschlossen hat, betont die in zweiter Les. angenommene Fassung: „welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören" statt „eines" in E. I, vgl. Zus. zu § 29 und Prot. S. 1297. — Ueber die Frage, wann ein solcher Zusammenhang anzunehmen ist, s. folg. §. — Zu beachten ist, daß der Begriff des concreten Handelsgewerbes nur individuell be-

Digitized by Google

solchem[4a]), d. h. innerhalb seiner gewerblichen Thätigkeit abgeschlossen sein. Den Gegensatz bilden diejenigen Geschäfte, die zwar auch von einem Kaufmann, aber nicht im Interesse seines Handelsgewerbes, sondern zu anderen außerhalb desselben liegenden Zwecken eingegangen sind. — b) Die hierher gehörigen Geschäfte sollen nur einen accessorischen Bestandtheil in dem Handelsgewerbe des Kaufmanns ausmachen. Ausgeschlossen sind daher die Geschäfte, durch deren gewerbmäßigen Betrieb die Kaufmannseigenschaft des Principals im concreten Fall begründet wird (die Grundgeschäfte des betreffenden Handelsgewerbes, oben S. 88 a. E.), ebenso aber auch, ohne Rücksicht darauf, ob sie gewerbmäßig oder vereinzelt betrieben werden, die objektiven Handelsgeschäfte, da für deren Charakter als Handelsgeschäft die Zugehörigkeit zu einem Handelsgewerbe überhaupt gleichgültig ist. — Näher lassen sich drei Gruppen von accessorischen Handelsgeschäften unterscheiden: 1) die im vorigen § erörterten Handelsgewerbegeschäfte, wenn sie vereinzelt aber von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes eingegangen werden[5]); 2) die von einem

---

stimmt werden kann. Maßgebend ist der Umfang, den der einzelne Kaufmann seiner gewerblichen Thätigkeit geben will. Dieselbe kann sich auch auf Geschäfte erstrecken, die gewöhnlich nicht in den Bereich eines derartigen Handelsgewerbes fallen. Blos bei den zu Anm. 7 erwähnten Geschäften legt das Gesetz einen andern (abstracten) Maßstab an.

[4a]) v. Hahn zu Art. 272 § 23. Die Erörterungen desselben an dieser Stelle beziehen sich allerdings nur auf die oben zu 1) bezeichnete Kategorie der accessorischen Handelsgeschäfte, sind aber nicht auf dieselbe zu beschränken, s. auch folg. Anm.

[5]) Art. 272 a. E.: Die (im Art. 272) bezeichneten Handelsgeschäfte sind auch alsdann Handelsgeschäfte, wenn sie zwar nicht einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden. — Hierzu Go. § 51; über die Redaktionsgesch. das. Anm. 2. Specielle Anwendungen des in dieser Bestimmung enthaltenen allgemeinen Grundsatzes auf das Commissions-, Speditions- und Frachtgeschäft in den Art. 378, 388, 421. In den drei zuletzt genannten Artikeln wird zwar nur verlangt, daß sie von einem Kaufmann, nicht auch, daß sie im Betriebe seines Handelsgewerbes eingegangen seien; es ist dies aber, gemäß Art. 272, auch hier zu ergänzen. „Im Betriebe seines Handelsgewerbes" bedeutet in all diesen Fällen ebenso wie sonst: „innerhalb seiner gewerblichen Thätigkeit." Das einzelne Geschäft muß von einem Kaufmann in seiner Eigenschaft als solcher eingegangen sein. Die angef. Bestimmung des Art. 272 ist demnach in Wahrheit nur eine Anwendung des allgemeinen in Art. 273

Digitized by Google

Kaufmann abgeschlossenen **Realisationsgeschäfte** in denjenigen Fällen, in denen zwar die Speculation, nicht aber die Ausführung derselben als Grundgeschäft gilt, insbesondere die Weiterveräußerung der angeschafften Waaren, beweglichen Sachen und Werthpapiere (§ 26 Nr. 1); die Anschaffung behufs Deckung einer übernommenen Lieferung (§ 26 Nr. 2); der Abschluß der aufgetragenen Geschäfte seitens eines Commissionärs oder Spediteurs (§ 27 Nr. 3).[6]) Eine Ausnahme macht das Gesetz in Betreff der von Handwerkern vorgenommenen Weiterveräußerungen, die nicht als Handelsgeschäfte betrachtet werden, wenn sie nur in Ausübung des Handwerksbetriebes geschehen, d. h. nach Art und Umfang der veräußerten Waaren die

ausgesprochenen Princips auf den vereinzelten Betrieb von Handelsgewerbegeschäften durch einen Kaufmann. Der Zusammenhang mit einem concreten Handelsgewerbe ist bei den hierher gehörigen Geschäften ganz in derselben Weise erforderlich wie bei allen übrigen accessorischen Handelsgeschäften. Fälle, in denen ein derartiger Zusammenhang nicht anzunehmen ist, R. 9. 116 (426), auch bei v. Hahn S. 42; Go. S. 597. — Das bremische E.G. Art. 29 erklärt die Handelsgewerbegeschäfte auch dann für Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Nichtkaufmann vereinzelt, aber entgeltlich abgeschlossen sind. — Können auch solche Gewerbegeschäfte, die keine Handelsgeschäfte sind, von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eingegangen werden und dadurch den Charakter von accessorischen Handelsgeschäften annehmen? Weder Art. 272, noch Art. 273 bieten einen Anhalt, um diese Frage zu verneinen; bejaht wird dieselbe mit Bezug auf die Vermittelung von Immobiliargeschäften in R. 10. 100 (426); 16. 1 (3). Andere, z. Th. abweichende Entscheidungen über letzteren Fall Bu. 9. 144 (Stadtger. Berl. 66); 29. 315 (O.Tr. Berl. 73); Z. 20. 583 (Nürnb. 73). Go. § 55[28]; Thöl S. 122. Nur muß es sich auch hier um vereinzelte Geschäfte handeln, da wenn dieselben gewerbsmäßig (neben dem Handelsgewerbe) betrieben werden, von der Anwendung des Art. 273 nicht die Rede sein kann; vgl. auch § 27 Anm. 22 und unten § 31 Anm. 6.

[6]) Das erste dieser Realisirungsgeschäfte wird in Art. 273[2] ausdrücklich genannt. Die Realisirungsgeschäfte überhaupt nehmen insofern eine besondere Stellung ein, als sie, wenn auch nicht zu den Grundgeschäften im Sinne des H.G.B.'s gehörig, doch ebenso wie die Spekulationsgeschäfte, gewerbmäßig betrieben werden können und in der Regel auch so betrieben werden. Accessorische Handelsgeschäfte sind sie aber auch dann, wenn dies nicht der Fall ist, sofern nur das einzelne Geschäft zum Handelsbetrieb eines Kaufmannes in dem oben erörterten Sinn gehört. Wenn Art. 273[2] eine „gewerbliche" Weiterveräußerung verlangt, so ist damit kein anderes Erforderniß aufgestellt. Daher fällt auch (nach dem von Go. angeführten Beispiel) die Weiterveräußerung eines Spediteurs, der ausnahmsweise in Aktien spekulirt, unzweifelhaft unter die vorstehende Bestimmung, Go. S. 650 ff., bes. Anm. 8, wo aber v. Hahn mit Unrecht als abweichender Ansicht genannt wird.

Digitized by Google

Grenzen des handwerksmäßigen Gewerbebetriebes nicht überschreiten [7]); 3) die **Hülfs- oder Nebengeschäfte.** [8]) Diese Bezeichnung umfaßt Geschäfte der verschiedensten Art. Mit Ausnahme der Verträge über Immobilien haben den Charakter von Hülfsgeschäften alle dem Gebiet des Vermögensrechts angehörigen Rechtsgeschäfte, die dazu bestimmt sind, den Betrieb eines Handelsgewerbes zu ermöglichen oder zu befördern. [9]) Beispielsweise gehören unter dieser Voraussetzung hierher: Anschaffungen von Geräthschaften und Materialien,

---

[7]) Art. 273 [3]: **Die Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen werden, sind, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, nicht als Handelsgeschäfte anzusehen.** Diese Bestimmung legt den abstracten Maßstab desjenigen Betriebes an, der bei den betreffenden Gewerben als Handwerksbetrieb gilt. Nichthandelsgeschäft ist die gewerbliche Weiterveräußerung, wenn sie Waaren betrifft, die von derartigen Handwerkern gewöhnlich veräußert zu werden pflegen und wenn sie nicht in einem den Handwerksbetrieb überschreitenden Umfang stattfindet. Vgl. R. 4. 48 (240 f.); 7. 62 (248 f.); Go. § 46 Anm. 42 und S. 538 ff.; §. 57 S. 653; gegen die Bestimmung de lege ferenda Thöl § 34 zu Anm. 3. Ueber die Begrenzung des Handwerksbetriebs, oben S. 120. Beispiele von Veräußerungen, die nach dieser Bestimmung nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sind, bei Go. S. 534.

[8]) Gegen diese Bezeichnung v. Hahn S. 46. Es dürfte sich indeß schwer ein passenderer Ausdruck für die hierher gehörigen Geschäfte finden lassen. Außer den Anm. 1 Angeff. s. in Betreff der Hülfsgeschäfte namentlich Motive zu Er. S. 23, zu Pr. S. 102 und Zus. 2 am Schluß d. §.

[9]) Uebereinstimmend Go. S. 657 und Anm. 26, S. 667 ff.; a. M. in Betreff der Gesellschaftsverträge v. Hahn zu Art. 273 § 8. Sein Argument (Anm. 13 a. a. O.), daß die Landeseinführungsgesetze, die eine Aufzählung der Handelssachen enthalten (oben S. 68), es für nöthig erachtet haben, die Rechtsverhältnisse der Handelsgesellschafter ausdrücklich als solche zu bezeichnen, trifft auch für die Verträge über Veräußerung und Erwerb eines Handelsgeschäfts zu, beweist aber weder nach der einen noch nach der andern Richtung. Ebensowenig läßt sich ein solcher Beweis daraus entnehmen, daß die betr. Rechtsverhältnisse in § 13 Nr. 3 des Reichsges. vom 12. Juni 1869 und in § 101 Nr. 3 des D. G.V.G. ausdrücklich als zur Competenz des Reichsoberhandelsgerichts und bezw. der Handelskammern gehörig aufgeführt werden. — Im Hinblick auf die einschlägigen, am Schluß des Zus. zu d. § zusammengestellten Entscheidungen mag hier noch Folgendes bemerkt werden: Die Eingehung einer Commandit- und ebenso einer stillen Gesellschaft ist stets Handelsgeschäft nach Art. 273 [1] für den Complementär; für den Commanditisten und stillen Sozius dagegen nur, wenn dieselben Kaufleute sind und den Vertrag im Betrieb ihres Handelsgewerbes abgeschlossen haben. Aktienzeichnung und Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (Gelegenheitsgesellschaft) sind ebenfalls nur dann Handelsgeschäfte, wenn sie von Kaufleuten im Betrieb ihres Handelsgewerbes bewirkt werden.

Digitized by Google

Engagementsverträge, Aufnahme und Hingabe von Darlehen, Wechselgeschäfte, Aufnahme von Versicherungen, Leistung und Empfangnahme von Zahlungen, Uebernahme und Entgegennahme von Bürgschaften, selbst Schenkungen sind nicht ausgeschlossen, wenn sie im Interesse des Handelsgewerbes geschehen. Nicht unbedingt erforderlich ist eine Beziehung des einzelnen Geschäfts auf einen bereits bestehenden Gewerbebetrieb, vielmehr fallen unter den Begriff der Hülfsgeschäfte auch solche Verträge, die mit Rücksicht auf einen erst zu eröffnenden Handelsbetrieb eingegangen werden (Vorbereitungsgeschäfte), ebenso diejenigen, die den Zweck haben, eine neue Principalschaft zu begründen, also sowohl die Verträge, die auf den Erwerb eines Handelsgeschäfts oder den Eintritt in ein solches gerichtet sind, wie die Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft, die Betheiligung als Complementär bei einer Commanditgesellschaft, die Gründung einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft. — Auch quasicontractliche Verhältnisse können Hülfsgeschäfte sein, z. B. die Geschäftsführung ohne Auftrag und die Offerte mit ihren Wirkungen.

Nicht aufrecht zu erhalten ist das Erforderniß der Beziehung zum Handelsbetrieb in Betreff der Geschäfte der Commanditgesellschaften auf Aktien, der Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften. Vielmehr sind die im Namen einer derartigen Vereinigung geschlossenen Geschäfte stets als Handelsgeschäfte zu betrachten und nach Handelsrecht zu beurtheilen.[9a]) Nur die Verträge über Immobilien sind auch hier auszuscheiden.[10])

Zusatz. Zur Casuistik der Hülfsgeschäfte. Die Anschaffung von Geräthen, Material und anderen beweglichen Sachen, welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden sollen. Art. 273². Der Ausdruck Anschaffung umfaßt hier auch die Miethe beweglicher Sachen, für die Zwecke des Geschäftsbetriebs Z. 13. 636 (Nürnb. 66); Cl. u. A. 3. 252 (anders 1. 76). Die Absicht bei der Anschaffung muß auf Benutzung und Verbrauch im Gewerbebetrieb gerichtet sein, und ebenso wie in den Fällen der Art. 271 ¹,² erkennbar, zur Zeit der Anschaffung vorhanden und der principale Zweck der Anschaffung sein, über letzteres vgl. namentlich R. 10. 52 (243); 11 .107 (342); Z. 20. 589 (Ob.-Tr. Berlin 68). Auch das l'intention est plus forte que le résultat (oben S. 109 Anm. 16) findet hier in gleicher Weise Anwendung, Bu. 18. 206 (Nürnb. 67). Ausgeschlossen sind Anschaffungen zur Verwendung in unbewegliche, wenn auch dem Handelsgewerbe dienenden Sachen

---

[10]) Dies folgt daraus, daß die gedachten Vereinigungen auch dann als Handelsgesellschaften und bezw. als Kaufleute im Sinn des H.G.B.'s gelten, wenn ihr Geschäftsbetrieb nicht in Handelsgeschäften besteht, oben S. 104.

[11]) Vgl. § 31.

Digitized by Google

(Eisenblech zur Bedachung eines Geschäftslokals), R. 10. 62 (243); dagegen nicht der Fall, in welchem die angeschafften Gegenstände als bewegliche, zur Ausstattung von Geschäftsräumlichkeiten verwendet werden sollen, Bu. 1. 575 (Dresden A.G. 62); 20. 113 (Cöln A.G. 69). — Anschaffung von Maschinen Z. 13. 69 (Stuttg. 66); Bu. 18. 444. — Neben der Anschaffung gehört aber auch die Veräußerung von Gegenständen, die im Geschäftsverkehr gebraucht worden sind, hierher, Bu. 20. 112 (A.G. Cöln 68).

Engagements- und Arbeitsverträge. Engagement von Handlungsgehülfen R. 11. 24 (57); Z. 13. 637 (O.Tr. Berlin 66, 67); die frühere abweichende Ansicht des O.Tr.'s ebendas. S. 636; vgl. auch Bu. 126; 19. 242; 7. 21 (Roloff); 13. 364 (Voigtel). — Lehrvertrag R. 14. 6 (19). — Engagement eines selbständigen Kassirers seitens einer eingetragenen Genossenschaft ist zweiseitiges Handelsgeschäft, daher der Anspruch wegen Kassendefecte in einem solchen Fall Anspruch aus einem Handelsgeschäft ist, R. 6. 39 (197). — Heuervertrag Z. 8. 630 (O.Tr. Berlin 64), vgl. Bu. 7. 21 ff. — Verträge mit technischen Gewerbegehülfen R. 11. 119; Z. 7. 499 (A.G. Cöln 63); 20. 577 (Stuttg. 66); Bu. 6. 154 (Offenburg); 15. 57 (Nürnb. 67). — Engagement eines Zeitungsredacteurs Bu. 13. 40 (Nürnb. 66); 14. 416 (K.G. Berlin 68); einer Sängerin zu Vorstellungen in einem Café chantant, Bu. 21. 361 (Nürnb. 68). Dagegen gehört nicht hieher das Engagement eines Arztes für eine Wasserheilanstalt, wenngleich mit derselben eine Badewirthschaft verbunden ist (A.G. Cöln 64). Ebenso nicht Engagement eines Gutsverwalters durch einen Rübenzuckerfabrikanten, wenngleich das zu verwaltende Gut zur Rübenproduction, also für die Zwecke der Fabrik, bestimmt ist (dies ist auch dann anzunehmen, wenn der Zuckerfabrikant als solcher Kaufmann ist), Bu. 30. 144. — Conductio operis ist ebenfalls Hülfsgeschäft, wenn sie im Betriebe des Handelsgewerbes stattfindet, Z. 7. 498 (Cöln 62); Bu. 39. 115 (Cöln 77).

Darlehen. Hingabe seitens eines Kaufmannes ist zwar nicht, wie Go. § 57[20] annimmt, stets unter Art. 272[2] (Bankiergeschäfte) zu subsumiren, gehört aber, wenn sie im Betrieb des Handelsgewerbes erfolgt, jedenfalls zu den accessorischen Handelsgeschäften, R. 1. 63 (217); 7. 57 (226). Ebenso sind Darlehen, die ein Kaufmann empfängt, für ihn nur unter der Voraussetzung Handelsgeschäfte, daß das Entleihen im Betrieb seines Handelsgewerbes stattfindet. Dagegen scheinbar Art. 292[2] (s. auch Pr. 223[1] und Motive dazu S. 112); vgl. jedoch die Ausführung von v. Hahn in der Vorbemerk. zum 2. Abschn. des 4. Buchs: Aus der Judikatur R. 3. 75 (367); 4. 11 (54 ff.); 4. 81 (398); 14. 92 (282); Bu. 3. 123 (Nürnb. 63); 10. 479 (Hofger. Darmst. 66). Daß das Darlehn „zur Beförderung der Wohlthätigkeit" gegeben ist, schließt den Charakter des Handelsgeschäfts für den Empfänger nicht aus, Bu. 15. 161 (Nürnb. 67). — Vertrag über Gewährung und Prolongation eines kaufmännischen Credits R. 5. 26 (110). — Wechselgeschäfte. Ausstellen, Acceptiren, Geben und Nehmen von Wechseln R. 3. 88 (432 ff.); 4. 6 (35); 4. 11 (51); 9. 51 (172); Z. 8. 622, 623; 7. 589; 11. 119; 20. 585; Bu. 7. 184 (O.Tr. Berlin); Cl. u. A. 3. 424. — Versicherungsverträge, Aufnahme von Versicherungen und Betheiligung an einer Gegenseitigkeitsgesellschaft, oben § 26 Anm. 39, 40. — Liberatorische Geschäfte: Leistung und Empfangnahme von Zahlungen R. 23. 50 (144); Cl. u. A. 3. 397; dahingestellt R. 5. 33 (153 ff.), verneinend Z. 15.

Digitized by Google

591 (Dresden 68). Datio in solutum, mit Unrecht verneinend Bu. 15. 433 (Dresden 68). Aufhebung eines Vertrages durch contrarius consensus Bu. 13. 45. — Anerkennung (die Eigenschaft der anerkannten Schuld ist nicht entscheidend) R. 17. 38 (170), vgl. auch Bu. 1. 583 (Nürnb. 62). — Berechnung zwischen Kaufleuten über das Ergebniß der für gemeinschaftliche Rechnung geführten Handelsgeschäfte, R. 7. 14 (85), aber nicht, wie diese Entsch. ebenfalls annimmt, wenn die Parteien z. B. der Berechnung nicht mehr Kaufleute sind. — Vergleich R. 16. 77 (308). — Vertrag über Beendigung des Gantverfahrens, verneinend Z. 20. 588 (Nürnb. 73), dagegen jedoch die Anm. a. a. O. — Schiedsvertrag R. 23. 85. — Bürgschaft ist accessorisches Handelsgeschäft auf Seite des Bürgen, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes übernommen, auf Seite des Gläubigers, wenn sie einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes geleistet wird. Letzteres trifft für alle Bürgschaften zu, die gegenüber einem Kaufmann für Forderungen aus seinen Handelsgeschäften übernommen werden R. 2. 7 (44), unrichtig früher O.Tr. Berlin Z. 8. 627, richtig in späteren Entscheidungen Z. 20. 544; Bu. 28. 86; 29. 316; 35. 318; ebenso Bu. 16. 113 (Wolfenb. 66); 25. 376 (Eisenach 71). Dagegen ist nicht ohne Weiteres jede von einem Kaufmann übernommene Bürgschaft als zu seinem Handelsbetrieb gehörig anzusehen, z. B. nicht Verbürgung aus verwandtschaftlichen oder Freundschaftsrücksichten, R. 5. 82 (367); 9. 51 (173); 13. 38 (108); 15. 107 (388); 20. 101 (400 ff.); Bu. 12. 264 (O.Tr. Berlin 67); 27. 353 (Nürnberg 71); 33. 337 (Dresden 74). Erhält der Kaufmann, der eine Bürgschaft übernimmt, für die Uebernahme derselben eine Vergütigung (Prämie, Provision), gleichviel ob vom Schuldner oder vom Gläubiger, so ist immer Zusammenhang mit dem Handelsbetrieb anzunehmen; die Beschaffenheit der Hauptschuld ist für den handelsgeschäftlichen Charakter der Bürgschaft nicht unbedingt entscheidend, R. 5. 82 (367); 13. 38 (108); Z. 8. 625; 11. 118 (A.G. Cöln); anders Z. 11. 116 (Nürnb. 64). — Ueber die Bürgschaft als Handelsgeschäft überhaupt Voigtel in Bu. 3. 192; 8. 420; Kräwel ebendas. 5. 129. — Pfandbestellung (an einer Hypothek) auf Seite des Verpfänders und des Pfandgläubigers R. 3. 88 (432 ff.); 6. 39 (197). — Cession Z. 20. 585 (O.Tr. Berlin 66). — Annahme einer Anweisung R. 9. 35 (114). — Auftrag und Vollmacht Z. 8. 623 (O.Tr. Berlin 64); 20. 609 (Nürnb. 64). — Uebernahme einer Agentur seitens eines Kaufmannes R. 23. 52 (148). — Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften R. 10. 55 (262); 10. 100 (428); 13. 103 (313). — Aktienzeichnung R. 2. 96 (430). — Schenkung als accessorisches Handelsgeschäft R. 16. 52 (184), vgl. auch v. Völdernd. I S. 324. — Unentgeltliche Leihe R. 7. 53 (214); 19. 105 (335 f.), vgl. auch Bu. 15. 161 (Nürnb. 67).

Geschäfte, deren Eingehung vor dem Beginn des eigentlichen Gewerbebetriebs liegt: Anschaffungen von Geräthen, Utensilien u. dgl. mit Rücksicht auf den erst zu eröffnenden Handelsbetrieb, Bu. 7. 189 (K.G. Berlin 65); 13. 29 (Nürnb. 67); 22. 467 (A.G. Eisenach). Der Vertrag, der die Veräußerung (zu der auch Verpachtung zu rechnen ist) eines Handelsgeschäfts zum Gegenstand hat, ist beiderseitiges Handelsgeschäft, für den Veräußerer als letzter Akt seiner gewerblichen Thätigkeit, für den Erwerber als Vorbereitungsgeschäft. Die Praxis schwankt, in Deutschland wie in Frankreich Lyon I No. 123, R. 10. 76 (337); 11. 50 (150 ff.); 15. 36 (101 ff.); 23. 45 (131 f., 132 Anm.); Bu. 9. 322

Digitized by Google

(Nürnb. 65); Z. 20. 608; Bu. 26. 210 (Nürnb. 69, München 70); Z. 20. 588 (Nürnb. 73). — Uebernahme eines Gesellschaftsgeschäfts durch einen der Sozien auf Grund des Dissociationsvertrages, R. 12. 108 (336). — Annahme eines Associés Z. 20. 562 (Hamm 68). In Betreff der Gründung einer A.G. R. 13. 102 (313); 20. 58 (198 ff.), wo freilich nach Lage des Falles vorausgesetzt wird, daß die Gründer bereits Kaufleute sind. — Quasicontractliche Verhältnisse: Offerte R. 10. 50 (236); Bu. 4. 365 (Nürnb. 64); Negotiorum gestio Er. (Motive) S. 23.

§ 29.
Präsumtionen für das Vorhandensein eines Handelsgeschäfts.[1])

Die Frage, ob ein accessorisches Handelsgeschäft vorliegt, ist, sofern es dabei auf die Zugehörigkeit zu einem concreten Handelsbetrieb ankommt, thatsächlicher Natur. Die Zugehörigkeit müßte demnach an sich in jedem einzelnen Fall besonders festgestellt werden. Von vorn herein spricht indeß bei allen Geschäften eines Kaufmanns, die möglicherweise in den Bereich seiner handelsgewerblichen Thätigkeit fallen können, die Wahrscheinlichkeit dafür, daß sie in Beziehung zum Handelsgewerbe stehen. Auf diese Wahrscheinlichkeit, aus der sich zunächst nur eine praesumtio hominis ergiebt, hat das Gesetz eine zwiefache Rechtsvermuthung gegründet:[2])

1) **Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig.**[3]) Diese Bestimmung setzt die Kaufmannseigenschaft des den Vertrag Eingehenden voraus, bezieht sich daher nicht auf diejenigen Geschäfte, durch deren gewerbmäßige Ausübung dieselbe begründet wird, d. h. nicht auf die Grundgeschäfte des betreffenden Handelsgewerbes.[4]) Sie findet ferner nur auf die Geschäfte des

---

[1]) Go. § 58; Thöl § 40; Endem. § 5 zu Anm. 34; v. Hahn und Anschütz zum Art. 274. Aus der fremden Literatur bes. die im vor. § Anm. 1 angef. französischen Schriftsteller.

[2]) Aehnliche, wenngleich nicht so umfassende Vermuthungen kennt auch schon das ältere Recht. A.L.R. II. 8 § 490: „In zweifelhaften Fällen wird vermuthet, daß (eine Kauffrau) die eingegangenen Verbindlichkeiten als handlungtreibende Frau übernommen habe". So auch Port. 19, hier jedoch mit ausdrücklichem Ausschluß der Verträge über Immobilien. Vgl. unten § 34, auch Brinckmann § 2[9]; Go. § 42[10].

[3]) Art. 274[1]. Zur Redaktionsgeschichte Go. § 58[1]. Nicht zutreffend ist die gegen die bezügliche Bestimmung von Er. gerichtete Kritik Brinckmann's im Arch. f. civ. Pr. Bd. 32 S. 394.

[4]) Es wird weder für die Kaufmannseigenschaft, noch dafür vermuthet, daß

Einzelkaufmanns, nicht auch des Gesellschafters, der blos in seiner Stellung als solcher Kaufmann ist, Anwendung.[5]) Abgesehen von den gedachten beiden Beschränkungen ist aber die vorstehende Regel auf alle Geschäfte eines Kaufmannes anwendbar,[6]) bei denen nicht, wie bei den Verträgen über Immobilien, der Charakter als Handels-

---

das einzelne von einem Kaufmann abgeschlossene Geschäft zu den gewerbmäßig von ihm betriebenen gehöre. Vielmehr muß der gewerbmäßige Betrieb von Handelsgeschäften und die dadurch begründete Kaufmannseigenschaft, und zwar für den Zeitpunkt, in welchem das betreffende Geschäft geschlossen ist, feststehen, wenn überhaupt die Vermuthung des Art. 274[1] Anwendung finden soll, R. 15. 11 (27), Go. a. a. O. Anm. 3. a, vgl. auch die Anm. 6 angeff. Entscheidungen.

[5]) Der Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe ist bei den von einem Handelsgesellschafter abgeschlossenen Geschäften nur dann vorhanden, wenn derselbe zur Vertretung der Gesellschaft befugt und der Abschluß der Geschäfte in deren Namen erfolgt ist. In letzterer Hinsicht ist es zwar gleichgültig, „ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Contrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte" (Art. 114). Wenn aber Zweifel darüber obwalten, ob der Gesellschafter in eignem Namen oder für die Gesellschaft gehandelt hat, so besteht eine Vermuthung weder nach der einen, noch nach der andern Richtung. Vgl. oben § 25 Anm. 11 und die das. angeff. Entscheidungen. Hiernach muß auch die in R. 18. 29 (119) unentschieden gelassene Frage, „ob sich auf die Präsumtion des Art. 274 ein Gesellschafter berufen darf, um seinem Sozius gegenüber ein von ihm abgeschlossenes Rechtsgeschäft als Geschäft der Gesellschaft geltend zu machen," verneint werden. — Von einer Anwendung des Art. 279 auf die Geschäfte der Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften kann ohnehin keine Rede sein.

[6]) Insbesondere auf alle im vorigen § bezeichneten Geschäfte. Namentlich spricht auch bei den von einem Kaufmann vereinzelt abgeschlossenen Handelsgewerbegeschäften (Art. 272 a. E.) die Vermuthung dafür, daß sie „im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes" gemacht sind, vgl. R. 4. 11 (50); übereinstimmend Go. S. 670, anders v. Hahn zu d. Art. § 4. — Was die von einem Kaufmann vereinzelt betriebenen objektiven Handelsgeschäfte anlangt, so ist die Vermuthung des Art. 274 für dieselben nur insofern von Bedeutung, als die Zugehörigkeit des einzelnen Geschäfts zum Handelsgewerbe nicht blos dessen handelsgeschäftlichen Charakter bestimmt, sondern auch in anderer Beziehung rechtliche Wirkungen für dasselbe begründet, z. B. nach Art. 6, 9 H.G.B.'s. Vgl. im Allgemeinen über die Ausdehnung der Vermuthung R. 3. 30 (142); 3. 88 (434); 7. 85 (323); 9. 35 (114); 13. 103 (313); 14. 4 (12 ff.); 14. 22 (50); 15. 36 (101); 20. 58 (198); 23. 52 (148). Z. 8. 623; 11. 119 (O.Tr. Berlin 64, 65); Z. 20. 583 (O.A.G. Berlin 70); 20. 589 (Nürnb. 73); 20. 591 (München 73); unrichtig Bu. 10. 479 (Darmstadt 66). Specielle Anwendungen s. Zus. zu § 28. Für die Vermuthung des Art. 274[1] ist ebenso wie für die des zweiten Abs. (s. Anm. 14) gleichgültig, ob der Kaufmann unter der Firma oder unter seinem bürgerlichen Namen contrahirt hat, R. 14. 4 (12 ff.).

Digitized by Google

geschäft schon durch ihre Beschaffenheit ausgeschlossen ist[7]) und insbesondere, über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, auch auf die hierher gehörigen quasicontractlichen Verhältnisse auszudehnen.[8]) In Betreff aller dieser Geschäfte greift, wenn sie von einem Kaufmann eingegangen sind, die Vermuthung Platz, daß sie seinem Handelsgewerbe angehören.[9]) Dieselbe weicht nur dann, wenn die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe außer Zweifel ist.[10]) Auch dritte Personen dürfen beim Contrahiren mit einem Kaufmann davon ausgehen, daß die Präsumtion des Art. 274[1] zutrifft. Soll Dritten gegenüber die Berufung auf die vorstehende Vermuthung abgeschnitten werden, so muß es ihnen im Augenblick des Vertragsschlusses bekannt gewesen oder doch erkennbar für sie hervorgetreten sein, daß das Geschäft keine Beziehung zum Handelsgewerbe habe.[11]) [12])

---

[7]) Verträge über Immobilien vgl. § 31. Ebenso familien- und erbrechtliche Verträge; andere Beispiele Go. S. 671.

[8]) Go. S. 672.

[9]) Es wird Zugehörigkeit zum concreten Handelsgewerbe desjenigen, der das Geschäft abgeschlossen hat, präsumirt, in derselben Bedeutung, in welcher dieselbe nach Art. 273 für das Vorhandensein eines accessorischen Handelsgeschäfts erforderlich ist, vgl. § 28 Anm. Durch die variirende Fassung („des Handelsgewerbes" im Art. 274 und „seines Handelsgewerbes" im Art. 273) soll kein verschiedener Sinn ausgedrückt werden, R. 14. 92 (283); unentschieden R. 4. 11 (53 f.); 20. 101 (483).

[10]) Die Vermuthung des Art. 274[1] kann wie jede praesumtio juris durch Gegenbeweis zerstört werden. Es bedarf eines solchen nicht, wenn der Richter, sei es aus dem Inhalt des Geschäfts, sei es aus den begleitenden Umständen festzustellen vermag, daß kein Zweifel über die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe obwaltet. Eine derartige Feststellung ist aber immer nothwendig, wenn die Bestimmung des Art. 274[1] außer Anwendung bleiben soll. R. 4. 11 (50); 9. 35 (114); 11. 107 (343); 14. 22 (50); 15. 107 (388); 21. 83 (25); Z. 11. 628 (Dresd. 65); 13. 640; 20. 593; Bu. 29. 316 (O.Trib. Berl. 67, 73); Z. 20 592 (Nürnb. 68, auch das in der Anm. das. angef. Erk.).

[11]) Weil hier wie überall auf eine blos innerlich bleibende Absicht keine Rücksicht genommen wird. Dies ist auch der Grund, weswegen es „keine dolose Verleitung zur Annahme eines Handelsgeschäfts giebt." Thöl § 40; Go. S. 671.

[12]) Die Vermuthung des Art. 274[1] läßt sich auch außerhalb des H.G.B.'s verwerthen. Anwendung auf § 1 Nr. 1 des Preußischen Verjährungsges. vom 31. März 1838, welches die zweijährige Verjährung der Forderungen für gelieferte Waaren und Arbeiten bei den Forderungen ausschließt, die „in Bezug auf den Gewerbebetrieb des Empfängers der Waare oder Arbeit entstanden sind." R. 12. 74 (233); 14. 81 (256); 15. 15 (38); auf Art. 63[1] des bayer. E.G.'s: Samml. v. Entsch. d. bayer. ob. Ger. für H.sachen I S. 241 f., auch Anm. zu

Digitized by Google

2) **Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus denselben das Gegentheil ergiebt.**[13]) Die Verpflichtung, die durch einen von einem Kaufmann unterzeichneten Schuldschein beurkundet wird, soll immer als aus einem Handelsgeschäft herrührend betrachtet werden, wenn nicht der Inhalt der Urkunde selbst Gründe für das Gegentheil darbietet. Die Berufung auf Thatsachen, die sich nicht aus der Urkunde ergeben, ist in diesem Fall unstatthaft.[14]) Der Ausdruck Schuldscheine umfaßt alle Urkunden, die ein Verpflichtungsbekenntniß enthalten, gleichviel ob in denselben der Schuldgrund angegeben ist oder nicht, ob sie Namen-, Ordre- oder Inhaberpapiere sind.[15])

Z. 20. 581; auf § 11 der Reichsgew.O. hinsichtlich der Gewerbsfrauen, die nicht Handelsfrauen sind. R. 23. 107 (401).

[13]) Art. 274². Zur Redaktionsgeschichte Go. § 58 Anm. 12.

[14]) R. 2. 96 (429): das Gegentheil muß sich mit Bestimmtheit aus der Urkunde ergeben; R. 9. 51 (201); Z. 13. 641; 20. 593 (Nürnb. 66, 68); Bu. 34. 314 (O.A.G. Jena). Hinweis auf Motive des Geschäfts, die mit der Präsumtion des Art. 274² verträglich sind. Bu. 15. 161 (Nürnb. 67). — Kein statthafter Gegenbeweis ist es, daß die beurkundete Verpflichtung auf einem andern Schuldgrund beruht als dem in der Urkunde angegebenen, R. 12. 36 (111). — Auch die Präsumtion des Art. 274² bezieht sich nur auf Einzelkaufleute, nicht auf Handelsgesellschafter; hinsichtlich der letzteren sind zwei Fälle möglich: entweder der Schuldschein ist mit der Gesellschaftsfirma unterzeichnet, dann bedarf es keines Zurückgehens auf die obige Bestimmung, um die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe darzuthun; oder der Gesellschafter hat mit seinem bürgerlichen Namen gezeichnet, alsdann ist gemäß Art. 114 wiederum nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen, ob eine Verpflichtung der Gesellschaft oder lediglich des Ausstellers beabsichtigt war. Bu. 15. 433 (Dresd. 66); R. 8. 9 (42); 14. 70 (211); 14. 92 (282).

[15]) Urkunden, in denen der Schuldgrund angegeben ist, z. B. R. 2. 96 (429); 3. 75 (367); 12. 36 (111); Bu. 11. 388; 15 161 (Nürnb. 66, 67). Wechsel R. 4. 6 (35); 4. 11 (50); 9. 51 (172); Verpflichtungsschein ohne Orderklausel R. 7. 51 (209); 8. 106 (431); 14. 92 (287). Mit Unrecht will v. Hahn S. 50 in den Fällen, in denen der Schuldschein nur Beweismittel ist, nicht die Präsumtion des Art. 274², sondern nur die des ersten Abs. zulassen. Eine derartige Ansicht ist bei den Berathungen allerdings hervorgetreten; sie hat aber weder im Gesetz Ausdruck gefunden, noch die Zustimmung der R.G. erlangt. Vgl. Go. a. a. O. Anm. 12 und 13c; Anschütz S. 53 f.; Bu. 27. 551 (Nürnb. 72). Auch die in R. 20. 101 (400 ff.) gezogene Schranke, nach welcher der Begriff eines Schuldscheins voraussetzen soll, „daß ein concretes Rechtsgeschäft, aus welchem der Aussteller etwas zu schulden oder schulden zu wollen erklärt, bereits, wenn auch nur bedingt, zur Existenz gekommen" sei, wonach also z. B. Bürg-

Digitized by Google

Gleichgültig ist auch, ob die Urkunde mit der Firma oder dem bürgerlichen Namen des Kaufmannes unterzeichnet ist.[16]) Die Vermuthung ist ferner auch in diesem Fall, ebenso wie in dem des Art. 274 [1], ebenso wohl Beweispräsumtion wie gesetzliche Voraussetzung, von welcher der Nehmer des Schuldscheins, sei dies der ursprüngliche Gläubiger oder ein späterer Erwerber der Forderung ausgehen darf.[17]) Nur dann, wenn derselbe beim Erwerbe der Forderung von deren Nichtzugehörigkeit zum Handelsbetrieb positive Kenntniß hatte, kann ihm, falls er sich auf diese Vermuthung beruft, die exceptio doli entgegengesetzt werden.[18]) Die beiden im Art. 274 aufgestellten Vermuthungen wirken übrigens nicht nur gegen, sondern auch für den Kaufmann.[19])

Zusatz. Bezüglich der fremden Gesetzgebungen und der Entwürfe vgl. zu diesem und dem vorhergehenden §. den Zus. zu § 22, zu welchem hier noch Folgendes nachzutragen ist: 1) Der Co. enthält, wie S. 91 hervorgehoben, keine unserem Art. 273 entsprechende Vorschrift, sondern beschränkt sich darauf, die Obligationen unter Kaufleuten für Handelsgeschäfte zu erklären (art. 632 [6]). Ebenso fehlt daselbst die Vermuthung unseres Art. 274 [1]; die für Art. 274 [2] vorbildlich gewordene Bestimmung lautet: „Die billets souscrits par un commerçant gelten als im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern in denselben kein anderer Schuldgrund angegeben ist.“ Eine ähnliche Vermuthung findet auf die von Verwaltern öffentlicher Gelder (comptables de deniers publics) gezeichneten billets Anwendung (art. 638). Letzterer Ausdruck umfaßt alle Schuldbekenntnisse mit Ausnahme der gezogenen Wechsel, da Wechselverbindlichkeiten ohne Rücksicht auf die Person der Verpflichteten zu den Handelsgeschäften gerechnet werden (art. 632 [7], oben Zus. 2 zu § 26 S. 118). Die hier angeff. Bestimmungen

---

schaftsurkunden für künftige Verbindlichkeiten (in casu für einen von einem Bankier eröffneten Kredit) nicht als Schuldschein anzusehen sein würden, ist der allgemeinen Fassung des Gesetzes gegenüber nicht begründet.

[16]) R. 2. 96 (429); 3. 75 (367); 9. 51 (172), unrichtig Z. 20. 385 (A.G. Hamm 68); — Prot. 1298; Go. a. a. O. zu Anm. 17; vgl. aber auch oben Anm. 14. Sofern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen keine Unterschrift erforderlich ist, genügt auch im vorl. Fall der sonst ausreichende Ersatz (Namen- oder Firmastempel, lithographirtes Namenszeichen), Go. S. 675.

[17]) Also bei gewöhnlichen Schuldscheinen auch der Cessionar; anders aber unrichtig R. 14. 92 (287). — Man kann die Vermuthung des Art. 274 [2] als eine praesumtio juris et de jure, dagegen schwerlich als eine Fiktion bezeichnen Z. 13. 641; 20. 593 (Nürnb. 66, 68).

[18]) R. 14. 92 (286). Go. S. 676; Anschütz S. 54. Ersterer macht mit Recht darauf aufmerksam, daß die Zulassung der exceptio doli keineswegs zu demselben praktischen Ergebniß führt wie die Anm. 15 zurückgewiesene Ansicht v. Hahn's.

[19]) Go. S. 670; Thöl § 40.

Digitized by Google

reichen indeß nicht aus, um die vorerwähnten Lücken auszufüllen. In Folge derselben entbehrt das System der Handelsgeschäfte im Co. des principiellen Abschlusses, ein Nachtheil, der zu einer schwankenden Casuistik in der Rechtsprechung geführt hat, wenngleich in neuerer Zeit eine Annäherung an die im D. H.G.B. anerkannten Grundsätze stattzufinden scheint, vgl. die § 28 Anm. 1 gen. Schriftsteller, namentlich Lyon und Namur a. a. O. In der italienischen und belg. Bearbeitung des Co. ist dem gedachten Mangel abgeholfen (S. 92). — Ueber Port. s. Anm. 2 zu d. §. — 2) Von den Entwürfen bezeichnen Er. 4 und Pr. 211 [1], bis auf geringfügige Abweichungen wörtlich mit einander übereinstimmend, als Handelsgeschäfte alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, in welchen sein Gewerbe besteht und durch welche dasselbe möglich gemacht oder befördert wird. In E. I lautet die entsprechende Bestimmung (233 [1]): „Als Handelsgeschäfte sind alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes mit Kaufleuten oder Nichtkaufleuten anzusehen, welche zum Betriebe eines kaufmännischen Gewerbes gehören." E. II § 256 hat denselben Wortlaut wie das H.G.B. (s. oben § 28 Anm. 3). — Von den Präsumtionen des Art. 274 findet sich in Er. (Tit. 1 Art. 5) nur die des ersten Abs, Pr. 211 [2,3] enthält bereits beide. — Ebenso E. I 233 [2,3] nahezu wörtlich mit dem H.G.B. übereinstimmend. Die einzige, auch nur redactionelle Abweichung besteht in der Fassung der Vermuthung, die dahin geht, daß die Verträge und Schuldscheine des Kaufmannes als „für den Betrieb seines Gewerbes" geschlossen und gezeichnet gelten sollen, s. § 29 Anm. 4 und Anm. 9 zu d. §. Vollständig mit dem gesetzlichen Text gleichlautend auch hier E. II Art. 257. — W. führt an der Spitze der Handelsgeschäfte „den gewerblichen Verkehr des Handelsstandes" auf (3 [1]). Hierunter fallen die accessorischen Handelsgeschäfte im Sinn des H.G.B.'s, mit Ausnahme jedoch der Verträge über Erwerb und Veräußerung einer Handelsniederlassung, vgl. W. 816 ff., bes. 821 und Motive S. 15 ff. Speciell benannt werden überdies die Speculationsvereine (3 [6]). Unserem Art. 274 entsprechende Vermuthungen fehlen. — Or. macht bei Aufzählung der Handelsgeschäfte die Dienstverträge mit Prokuristen und Handlungsgehülfen namhaft (§ 3 [6]). Außerdem wird vermuthet, daß alle Verträge über bewegliche Sachen „zwischen Handelsleuten unter sich" Handelsgeschäfte sind. — Gar keine hierher gehörige Bestimmungen enthält Om.

§ 30.

Einseitige und zweiseitige Handelsgeschäfte. [1])

Dasselbe Geschäft kann hinsichtlich eines oder einzelner der Betheiligten Handelsgeschäft, in Beziehung auf Andere Nichthandelsgeschäft sein. Hierauf beruht die bereits im § 22 erörterte Unterscheidung zwischen einseitigen und zweiseitigen (Thöl: beiderseitigen) Handelsgeschäften. [2]) Zu den letzteren gehören vorzugs-

[1]) Go. § 45; Thöl § 36; Endemann § 5; v. Hahn, Anschütz zum Art. 277; Brinckmann im Arch. f. civ. Pr. 32 S. 373, 391 (Kritik von Er.) und H.R. S. 6 Anm. 8.

[2]) Die Bezeichnungen sind insofern mangelhaft, als sie den Fällen, in denen bei einem Geschäft mehr als zwei Personen in Betracht kommen, nicht gerecht

Digitized by Google

weise die Verträge, die Kaufleute in Beziehung auf ihren Gewerbebetrieb mit einander abschließen, während die meisten Verträge zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten einseitige Handelsgeschäfte sind.[3]) Für das Geltungsgebiet des H.G.B.'s ist die Bedeutung des hierin liegenden Gegensatzes dadurch erheblich gemindert, daß nach Art. 277 die Bestimmungen des vierten Buches bei Geschäften, die nur auf der Seite eines der Kontrahenten Handelsgeschäfte sind, in der Regel auf beide Kontrahenten gleichmäßig Anwendung finden.[4]) Eine Ausnahme machen diejenigen Vorschriften, welche voraussetzen, daß ein Geschäft auf Seiten beider oder eines bestimmten Kontrahenten Handelsgeschäft sei.[5]) Die Gleichstellung erstreckt sich auf alle Willenserklärungen bei Handelsgeschäften, die überhaupt von den Bestimmungen des vierten Buches getroffen werden[6]); sie ist

werden, s. Anm. 8. Der Ausdruck beiderseitige Handelsgeschäfte findet sich im Art. 289. Mit der Einseitigkeit und Zweiseitigkeit der Verträge hat dieser Gegensatz nichts zu thun. Ein einseitiger Vertrag kann zweiseitiges Handelsgeschäft sein, wie auch umgekehrt, Go. S. 498.

[3]) Verträge, die Kaufleute mit einander schließen, sind nach Art. 274 präsumtiv zweiseitige Handelsgeschäfte. Bei Verträgen zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten ist ein Handelsgeschäft auf beiden Seiten nur dann vorhanden, wenn Seitens des Nichtkaufmannes ein objektives Handelsgeschäft vorliegt.

[4]) Art. 277: Bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, sind die Bestimmungen dieses vierten Buches in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäßig anzuwenden, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergiebt, daß ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Zur Redactionsgeschichte Go. a. a. O. Anm. 4.

[5]) Bestimmungen, bei denen die Regel des Art. 277 keine Anwendung findet: in Art. 280, 281[2], 282, 288, 289, 290, 291, 292[2], 297, 300, 301, 306, 309 bis 311, 313—316 (unrichtig: Z 11. 628, Dresd. 65, s. Anm. das.), 322, 323, desgleichen Buch IV. Tit. 3—5.

[6]) Anwendung der Bestimmungen über Handelsgeschäfte auf beide Kontrahenten: Art. 274 R. 2. 7 (44); Art. 278, 279 R. 7. 25 (96); 9. 108 (336); 11. 81 (242); Art. 284 R. 11. 24 (57); Art. 286 Bu. 11. 338 (Hofger. Wiesb. 67); Art. 287 R. 11. 123 (407); 23. 74 (213); Z. 12. 249 (Dresd. 65, wo unrichtig auch Art. 288 zu den hierher gehörigen Bestimmungen gezählt wird); Art. 317 R. 3. 88 (434); 5. 2 (17); 7. 25 (96); 7. 57 (226); 11. 119 (388); Z. 8. 634; 11. 119; 12. 230; Bu. 4. 174; 38. 240 (sämmtlich: O.Trib. Berlin); Art. 325 R. 9. 108 (386); Art. 339 R. 7. 85 (323); Art. 347, 349: Z. 12. 249 (Dresd. 65); Bu. 34. 314 (A.G. Eisenach). — Der Grundsatz des Art. 277 findet, wie im Text hervorgehoben, auf Willenserklärungen bei Handelsgeschäften, d. h. „auf die ganze

Digitized by Google

ferner gleich der Vorschrift des Art. 274 [1] auch auf die zu den Handelsgeschäften zu rechnenden quasicontractlichen Rechtsverhältnisse auszudehnen [7]) und tritt, wenn bei einem Geschäft mehr als zwei Personen betheiligt sind, hinsichtlich sämmtlicher Betheiligter ein, falls die Eigenschaft als Handelsgeschäft auch nur in Bezug auf einen derselben begründet ist. [8]) Andererseits aber beschränkt sich die Wirkung des Art. 277 auf den Inhalt des vierten Buches. In Betreff aller übrigen handelsrechtlichen Bestimmungen bleibt es eine offene Frage, ob und in wieweit sie auf einseitige Handelsgeschäfte anwendbar sind. [9])

Zusatz. Wie im D. H.G.B. so beziehen sich auch in den fremden Gesetzgebungen und den Entwürfen, die Voraussetzungen, von denen die Existenz eines Handelsgeschäfts abhängig gemacht wird, zum größten Theil nur auf eine Seite der hierher gehörigen Geschäfte. Daraus, daß dieselben zutreffen, ergiebt sich also zunächst nur ein einseitiges Handelsgeschäft und es bleibt dahingestellt, ob auch in Betreff des oder der übrigen Betheiligten die Merkmale eines solchen vorliegen. Nur in den Fällen, in denen allgemein der Verkehr mit gewissen Gegenständen (Werthpapieren, Aktien, Wechseln), an gewissen Orten oder zu gewissen Zeiten (Markt- und Meßverkehr) als Handelsgeschäft behandelt wird (s. oben S. 115), sind die betreffenden Geschäfte stets zweiseitige Handelsgeschäfte, vgl. W. 818. — In Betreff der einseitigen Handelsgeschäfte hat von den fremden Gesetzgebungen nur **Ungarn** 264 eine dem Art. 277 entsprechende Bestimmung. Die Mehrzahl derselben folgt dem französischen Princip, nach welchem das H.R. nur auf den Contrahenten Anwendung findet, für den das Geschäft Handelsgeschäft ist. Außer

---

Rechtssphäre der Handelsgeschäfte nach Entstehung, Wirkung und Auflösung" (Bu. 38. 240) Anwendung, z. B. auch auf Vollmachten, ratihabirende Willenserklärungen, Anerkenntnisse, Bu. 4. 174 ff., 38. 240. Dagegen nicht auf Bürgschaften oder sonstige Intercessionen, R. 2. 7 (43); 5. 82 (367); 20. 101 (400), oben S. 135.

[7]) Diese Ausdehnung ist schon mit Rücksicht auf Art. 273 und 274 [1] geboten, oben S. 133, 138 [6].

[8]) In E. I 236 war dies deutlich ausgesprochen, Zus. zu d. §. In 2. Les. wurde gegen die damals proponirte, im Wesentlichen mit Art. 277 übereinstimmende Fassung das Bedenken erhoben, daß sie für derartige Fälle nicht ausreiche. Man ging hierüber hinweg, aber offenbar nur aus redactionellen Gründen, nicht, um eine materielle Abweichung von der Fassung in E. I zum Ausdruck zu bringen, Prot. 1303 f., 1265. — Vgl. Bu. 18. 208 (Nürnb. 68): Darlehn als Handelsgeschäft für einen von mehreren Solidarschuldnern; Z. 15. 617 (Nürnb. 69): Versicherung auf Gegenseitigkeit zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten, oben § 26, Anm. 40.

[9]) Dies gilt namentlich von den eigentlichen Handelsgebräuchen (dem Handelsgewohnheitsrecht) im Sinn des Art. 1, wogegen die Verwendung der Usancen als

Digitized by Google

im Co., für den hierbei wesentlich processualische Gesichtspunkte in Betracht kommen, liegt dieses Princip auch dem belg., holländ. und ital. H.G.B. zu Grunde und hat namentlich in letzterem einen sehr bestimmten Ausdruck erhalten. (Ital. 91. Ueber die theilweis abweichende holländ. Jurisprudenz Go. § 45[4].) Nicht nachweisen läßt sich der Anschluß an das französ. System für Spanien und Port., indeß ist auch nicht ersichtlich, daß sie auf dem Standpunkt des D. H.G.B.'s stehen, wie Go. a. a. O., vgl. § 42[17], annimmt, namentlich folgt dies nicht aus den von ihm angeff. Art. 2 und 12 der gedachten Gesetzbücher (s. den Inhalt oben S. 92). Hier dürfte es demnach eine für die einzelnen handelsgesetzlichen Bestimmungen besonders zu entscheidende Interpretationsfrage sein, ob sie bei einseitigen Handelsgeschäften auf sämmtliche Contrahenten anwendbar sind. — Von den Entwürfen beruht Er. im Allgemeinen auf der französischen Auffassung; nur die Anschaffung Behufs der Weiterveräußerung und die Uebernahme von Lieferungen sollen, auch wenn sie blos in Betreff eines Contrahenten Handelsgeschäfte sind, in Bezug auf beide Theile nach H.R. beurtheilt werden, „unbeschadet der Bestimmungen über den Personalarrest", Tit. 1 Art. 10, dazu Mot. S. 31. Noch strenger ist das Princip der einseitigen Anwendung des H.R.'s in Pr. durchgeführt, indem hier auch die zuletzt erwähnte Ausnahme von demselben fortgefallen ist, Motive zu Pr. S. 102 f. Dagegen enthält E. I 236 bereits den Grundsatz des Art. 277; die Bestimmung lautet hier: „Die Handelsgeschäfte unterliegen in Beziehung auf sämmtliche Contrahenten der Beurtheilung nach H.R., soweit nicht im Einzelnen ein Anderes bestimmt ist." E. II 260 stimmt wörtlich mit Art. 277 überein. Die übrigen Entwürfe (W., Or. und Om.) enthalten, abgesehen von Competenzbestimmungen in W. 818 ff. keine hierher gehörigen Vorschriften.

Interpretationsmittel gemäß Art. 278, 279 unter die Regel des Art. 277 fällt. So richtig Laband Z. 17. 498; v. Hahn S. 56; anders Go. § 36 Anm. 1.[b] Das von Go. angef. Erk. R. 11. 124 (408) spricht von der Anwendung des Handelsgewohnheitsrechts nicht auf einseitige Handelsgeschäfte, sondern auf Handelsgeschäfte überhaupt. — Andere hierher gehörige auf Bestimmungen außerhalb des vierten Buchs bezügliche Entscheidungen: R. 7. 25 (96), woselbst Art. 1 insoweit auch auf einseitige Handelsgeschäfte für anwendbar erklärt wird, als er die Rangordnung zwischen H.R. und bürgerlichem Recht festsetzt; R. 11. 81 (242): Art. 67[2] wird bei einem einseitigen Handelsgeschäft zur Anwendung gebracht; R. 20. 101 (400): Art. 6[2] findet nur Anwendung auf diejenigen Geschäfte einer Handelsfrau, welche auf ihrer Seite Handelsgeschäfte sind. Ferner R. 8. 11 (47). Die hier unentschieden gelassene Frage, ob eine Vereinigung zu einem einzelnen Geschäft schon deswegen als Gelegenheitsgesellschaft nach Art. 266 ff. zu beurtheilen ist, weil das Geschäft auf Seite dessen, mit dem contrahirt wird, Handelsgeschäft ist, muß verneint werden; anders Entsch. d. O.Trib.'s Bd. 56 S. 297. Anwendbarkeit des Art. 277 auf Art. 63[1] des bayer. E.G.'s Bu. 18. 208; Z. 15. 617. Ueber die processualischen Bestimmungen der Einf.-Gesetze und des Reichsges. vom 12. Juni 1869 Go. § 45[10]. Das D. G.V.G. beschränkt die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen im § 101, abgesehen von den unter Nr. 2 und 3 daselbst aufgeführten Sachen, auf Klagen gegen einen Kaufmann aus Geschäften, welche auf Seiten beider Kontrahenten Handelsgeschäfte sind.

Digitized by Google

§ 31.
Verträge über Immobilien.[1])

Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte.[2]) Durch diese Bestimmung wird die nach der herkömmlichen Anschauung in dem Begriff des Handels liegende Beschränkung auf bewegliche Sachen[3]) gesetzlich anerkannt. Ihre praktische Bedeutung besteht vorzugsweise darin, daß durch sie das Gebiet der accessorischen Handelsgeschäfte eingeschränkt wird.[4]) Verträge, die ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes abschließt, sind keine Handelsgeschäfte, wenn sie sich auf Immobilien beziehen.[4a]) Bei Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und eingetragenen Genossenschaften kommt der obige Grundsatz auch dann zur Anwendung, wenn der Gegenstand ihres Unternehmens in derartigen Geschäften besteht, obgleich sie auch in diesem Fall Handelsgesellschaften und bezw. Kaufleute sind.[5]) Was unter Immobilien

---

[1]) Go. § 59; Thöl § 35; Endem. § 5; v. Hahn, Anschütz zu Art. 275; Roloff in Bu. 4. 184 ff.; Rebling in Bu. 31. 227 ff.; Massé II. 1382—1385; Lyon I No. 73, 74; Holtius I bl. 56; de Wal I No. 90; Levy bl. 222 not. 1; Vidari III No. 1374—1406.

[2]) Art. 275. Zur Redactionsgeschichte Go. Anm. 1.

[3]) Oben § 2. Zu beachten ist, daß Art. 275 lediglich die besonderen Bestimmungen über Handelsgeschäfte, nicht auch alle sonstigen dem H.R. angehörigen Rechtssätze für unanwendbar erklärt. Es giebt Bestimmungen des H.G.B.'s, die sich ausdrücklich auf Immobilien beziehen oder ihrem Inhalt nach mit auf solche zu beziehen sind, z. B. Art. 29[1], 42[2], 91, 111, 114[1], 137[2], 164, 209b, 213, 231. Ebenso sind Handelsgebräuche denkbar, die auf Grundstücke Bezug haben. Darin liegt kein principieller Widerspruch gegen die Beschränkung des Handels auf den Mobiliarverkehr.

[4]) Für die Grundgeschäfte ergiebt sich die Beschränkung auf Mobilien schon aus den Begriffsbestimmungen der Art. 271, 272. Eine Ausnahme machen höchstens die Bankiergeschäfte, die auch Verträge über Immobilien umfassen können (Hypothekengeschäft). Vgl. Motive zu Er. S. 26, wo außer auf den unserem Art. 273 entsprechenden Art. 4 auf die Bestimmung des Art. 3 (H.G.B. 5) verwiesen wird, daß die öffentlichen Banken in Betreff ihres Geschäftsbetriebes den Kaufleuten gleichstehen, oben § 25 Anm. 6. Thöl a. a. O. will aus dem Art. 275 auch Konsequenzen in Bezug auf Art. 271[3] ziehen, hiergegen Anm. 12.

[4a]) Ankauf von Grundstücken mit der Absicht der Weiterveräußerung kein Handelsgeschäft, auch wenn von Kaufleuten abgeschlossen, R. 12. 16 (53); Z. 8. 631 (Nürnb. 63).

[5]) Oben § 25 S. 104 f. Alsdann finden mithin die Bestimmungen über Handelsgeschäfte nur auf diejenigen Geschäfte einer derartigen Vereinigung An-

Digitized by Google

zu verstehen sei, muß hier ebenso wie in dem Fall des Art. 271[1] nach dem für das betreffende Geschäft maßgebenden bürgerlichen Recht bestimmt werden.[5a]) Der Ausdruck: Verträge über unbewegliche Sachen umfaßt alle Verträge, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache[6]) ist, nicht blos diejenigen, bei denen es sich um Eigenthum oder dingliche Rechte an einer solchen handelt, sondern auch obligatorische Verträge, die auf Einräumung einer Nutzungsbefugniß an einem Grundstück gerichtet sind: Miethe, Pacht, Commodat.[7]) — Besonders zu erwähnen sind folgende Fälle: 1) Verträge, die ein Pfandrecht (Hypothek) an einem Grundstück betreffen, sind Verträge über unbewegliche Sachen. In Bezug auf die Einräumung, Uebertragung, Geltendmachung und Aufhebung des Pfandrechts an Immobilien entscheiden demnach die Grundsätze des bürgerlichen Rechts auch dann, wenn die Forderung, zu deren Sicherheit dasselbe bestellt ist, aus einem Handelsgeschäft herrührt.[8]) — 2) Ein Vertrag über

---

wendung, die zu dem Gegenstand ihres Unternehmens in einem accessorischen Verhältniß stehen.

[5a]) Oben S. 106.

[6]) Die unbewegliche Sache muß unmittelbarer Gegenstand des Vertrages sein, Mot. zu Pr. S. 102; Bu. 39, 115 (Cöln 77); Go. S. 681. Daher sind Verträge, welche die Vermittelung von Immobiliargeschäften, namentlich von Grundstückskäufen betreffen, keine Verträge über Immobilien im Sinn des Art. 275, sie können demnach accessorische Handelsgeschäfte sein, oben § 27 Anm. 22; § 28 Anm. 5 a. M. Go. und Thöl.

[7]) Anders E. I, Zus. zu d. §. Wesentlich mit Rücksicht auf die Miethe ist in 2. Les. die ursprüngliche Fassung wieder hergestellt worden. Miethsverträge über Geschäftslokalitäten sind demnach keine Handelsgeschäfte; ebensowenig das Halten von Lagerräumen wie nach Er., s. Zus. zu § 27 S. 129; Go. § 59[13, 14]; Rebling S. 229 ff.; R. 23. 45 (131); Z. 8. 634; Bu. 9. 444; 29. 260 (Dresd. 63, 65, 72); Z. 11. 120 (O.Tr. Berl. 65); Bu. 19. 277 (O.G. Wolfenb. 68); 20. 594 (Nürnb. 73); 23. 437 (A.G. Wiesb. 69); 27. 70 (Jena 71, 72); Cl. u. A. 3. 412.

[8]) Uebereinstimmend Thöl S. 122. Anders Go. S. 680, der auf die accessorische Natur des Pfandrechts Gewicht legt. Hiergegen ist auf das zu verweisen, was Go. selbst (§ 57[27]) in Betreff der Bürgschaft bemerkt: „der accessorische Charakter allein macht ein Rechtsgeschäft noch nicht zum Handelsgeschäft.“ Insbesondere ist Art. 317 auf diese Verträge völlig unanwendbar. Daß die Hypothek nach bürgerlichem Recht zu den beweglichen Rechten gehört — Bu. 19. 79 (H.G. Carlsruhe 68) —, ändert hieran nichts; die erwähnten Verträge sind darum nichts weniger Verträge über Immobilien. Dagegen ist das Versprechen, gegen Bestellung hypothekarischer Sicherheit ein Darlehn zu geben (pactum de mutuo dando) kein Vertrag über eine unbewegliche Sache. Die Praxis, namentlich des R.O.H.G.'s, hat sich vielfach der Ansicht von Go. angeschlossen, vgl. R. 1. 63 (214 ff.); 2. 7

Digitized by Google

Herstellung eines opus in solo ist ein Vertrag über eine unbewegliche Sache. Verträge über die Herstellung von Bauten, über die Anlage von Eisenbahnen und Wegekörpern sind demnach keine Handelsgeschäfte. Wird dagegen, wie häufig der Fall, ein solcher Vertrag in der Weise abgeschlossen, daß der Uebernehmer dem Bauherrn die Materialien liefert und in Rechnung stellt, so ist die Anschaffung seitens des Ersteren, weil behufs der Veräußerung (an den Bauherrn) erfolgend, und wenn diese Art des Geschäftsbetriebes gewerbmäßig stattfindet, auch die Veräußerung der angeschafften Materialien ein Handelsgeschäft (Art. 271 [1], 273 [2]). [9]) — 3) Ein Vertrag über die aus einem Grundstück zu gewinnenden beweglichen Sachen gehört nicht zu den Verträgen über Immobilien. Daher können Verträge über die künftige Ernte, über die Ausbeute eines Bergwerkes u. dgl. Handelsgeschäfte sein. [10]) Nicht dagegen Verträge, durch welche ein Grundstück Behufs einer derartigen Ausbeutung einem Andern überlassen wird. [11]) — 4) Verträge über die Versicherung von Immo-

(43); 3. 33 (153); 3. 88 (434); 5. 26 (110); 7. 57 (226); 14. 70 (211). Indeß handelt es sich in der Mehrzahl dieser Entsch. um den zuletzt erwähnten Fall und in einer derselben (R. 5. 26) wird ausdrücklich anerkannt, daß „die Hypothekenbestellung selbst" nicht nach H.R. zu beurtheilen sei. Auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen auch Bu. 9. 323; 13. 48 (Nürnb. 66, 67).

[9]) Uebereinstimmend v. Hahn, Anschütz; a. M. Go. S. 684. Eine Konsequenz der obigen Ansicht ist, daß Bauunternehmer und ebenso Bauhandwerker (Zimmermeister, Bautischler, Dachdecker u. dgl.) als Kaufleute anzusehen sind, wenn sie Geschäfte der zuletzt bezeichneten Art gewerbmäßig betreiben. Vgl. hierzu R. 11. 104 (329); 13. 109 (343); 14. 22 (51); 15. 72 (258); Z. 6. 552 f. (A.G. Cöln, vor dem H.G.B.); 7. 498 f.; Bu. 9. 134 (A.G. Cöln 62, 63, 64, Entscheidungen, in denen Art. 275 nicht genügend beachtet wird); Z. 8. 632; Bu. 5. 343 (Nürnb. 64); Z. 20. 573 (Mannheim 68); 23. 506 (Wolfenb. 61); 23. 507; Bu. 36. 183 (Dresden 75). — Werden bewegliche Sachen angeschafft, um sie in ein Grundstück zu verwenden, so liegt kein Vertrag über eine unbewegliche Sache vor; das Geschäft ist aber auch keine Anschaffung im Sinn des Art. 271 [1], wenngleich die Absicht vorhanden ist, das Grundstück mit den in dasselbe verwendeten Gegenständen zu veräußern. Dagegen können derartige Anschaffungen accessorische Handelsgeschäfte sein, wenn sie zum Zweck von Anlagen erfolgen, die für den Handelsbetrieb des Anschaffenden bestimmt sind, R. 10. 52 (243); 13. 109 (343); 13. 135 (425); Z. 20. 567 (München 71); Bu. 7. 190 (K.G. Berlin 65); 13. 29 (Nürnb. 67); 19. 75 (Mannheim 68); 36. 184 (Dresd. 76); 39. 113 (O.Tr. Berlin 77).

[10]) Oben § 26 Anm. 3.

[11]) R. 15. 67 (237): Ueberlassung eines Grundstücks zum Betrieb einer Ziegelei; Z. 11. 113 (Sächs. J.Min. 65), 13. 642 (O.Trib. Berl. 66): Austorfungs-

Digitized by Google

bilien sind ebenfalls keine Verträge über unbewegliche Sachen, da Gegenstand eines solchen Vertrages nicht das Grundstück, sondern das durch die Versicherung zu schützende Interesse des Versicherungsnehmers an einem das Grundstück betreffenden Unfall ist.[12]) — 5) Sind nicht unbewegliche Sachen allein Gegenstand des Vertrages, so kommt es darauf an, ob das Geschäft seinem Hauptinhalt nach als ein Vertrag über Immobilien anzusehen ist.[13])

Zusatz. Eine mit dem Art. 275 gleichlautende Bestimmung enthält wiederum nur Ungarn 262. In beschränkterem, andererseits freilich über den Art. 275 hinausgehendem Umfang sprechen die Ausschließung der Immobilien aus Spanien 360 und Port. 504: „Nicht als Handelsgeschäft gilt der Kauf von unbeweglichen Sachen und deren Pertinenzen, selbst wenn letztere beweglich sind." — Das Princip des Art. 275 wird auch von der großen Mehrzahl der französischen, holländischen und italienischen Juristen als geltendes Recht anerkannt, wenngleich im Einzelnen manche Abweichungen von den bei uns hieraus abgeleiteten Folgerungen hervortreten. Neuerdings macht sich allerdings, namentlich in Frankreich und Italien, die Neigung bemerkbar, die Beschränkung der Handelsgeschäfte auf Mobilien fallen zu lassen, bisher indeß, ohne in der Praxis durchzudringen; dagegen besonders die Ausführung von Massé. Der neueste Vertreter dieser Richtung ist Vidari, dessen sehr umfängliche Erörterung z. Z. noch vorwiegend auf dem Standpunkt der lex ferenda steht, aber durch die Annahme das Progetto von 1877 eine gesetzliche Grundlage erhalten würde, da nach Art. 3[3] desselben: „Der Kauf und die Wiederveräußerung von Grundstücken, wenn sie zum Zweck einer handelsmäßigen Speculation (a scopo di speculazione mercantile) geschehen," Handelsgeschäfte sein sollen. Eine Grenzüberschreitung enthält schon das jetzige ital. H.G.B. Die imprese di costruzioni, die nach Art. 2[8] desselben zu den Handelsgeschäften gehören, umfassen ebenso wie die entreprise de travaux publics et privés in Belg. 2[2], auch die Herstellung unbeweglicher Anlagen, namentlich von Bauten. Das ital. G.B. fordert, daß der Uebernehmer die Materialien liefert,

---

verträge. Vgl. auch R. 11. 87 (263); 11. 107 (342); 13. 124 (385); Bu. 1. 91 (Dresd. 62); 23. 215 (O.Trib. Berl. 71); oben § 26 Anm. 8.

[12]) R. 5. 2 (12). Uebereinstimmend Go., v. Hahn, Anschütz; a. M. Thöl, der demnach auch die Prämienversicherung von Grundstücken nicht zu den objektiven Handelsgeschäften rechnet, oben § 26 zu Anm. 41.

[13]) R. 11. 50 (150); 15. 36 (102); 16. 77 (308); 20. 58 (198 ff.); 23. 45 (131 f.); Bu. 4. 446 f.; 9. 321 ff. (Nürnb. 65); Z. 20. 575, 595, 596 (Nürnb. 69, 68, 73). Das Werthverhältniß, in welchem die Immobilien zu den sonstigen Gegenständen des Vertrages stehen, ist für die Entscheidung der obigen Frage nicht unbedingt maßgebend, so namentlich nicht in dem Fall, in welchem ein Handelsgeschäft mit den dazu gehörigen Realitäten veräußert wird, Go. § 57 Anm. 42; Thöl S. 122; vgl. auch das in der Anm. zu R. 23 S. 132 angef. Erk. Nicht aber darf, wie dies R. 20 S. 202 geschieht, um den Hauptinhalt des Vertrages zu bestimmen, auf die Präsumtion des Art. 274[1] zurückgegangen werden.

Digitized by Google

was nach dem belg. Gesetz nicht nothwendig ist. In Frankreich ist die Frage, ob diese Geschäfte actes de c. sind, sehr streitig. Bauunternehmer rechnete übrigens auch Pr. 1[6] zu den Kaufleuten und ebenso der die traders aufzählende Anhang zur engl. bankruptcy act von 1869; s. auch Zus. zu § 27 S. 126.

Von den Entwürfen enthalten die obige Bestimmung bereits Er. 6 und Pr. 211[4]. Beschränkt ist dieselbe in E. I 233[4]: „Verträge über die Veräußerung oder Verpfändung unbeweglicher Sachen, ingleichen Verträge über die Bestellung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen sind keine Handelsgeschäfte." In E. II 258 ist die ursprüngliche Fassung wieder hergestellt. Eine ähnliche Bestimmung hat Or. § 5.

Digitized by Google

Zweites Buch.

Der Betrieb des Handelsgewerbes.

Erstes Kapitel.

Die Person des Kaufmannes.

§ 32.

Berechtigung zum Handelsbetrieb.[1])

Seitdem in ganz Deutschland Gewerbefreiheit gilt,[2]) ist die Berechtigung zum Handelsbetrieb eine unmittelbare Folge der Persönlichkeit. In Anwendung auf den Handelsbetrieb läßt sich die Gewerbefreiheit füglich als Handelsfreiheit bezeichnen.[2a]) Das Prinzip derselben, daß jeder, der rechtsfähig ist, die Befugniß hat, sowohl einzelne Handelsgeschäfte zu schließen, wie ein oder mehrere Handelsgewerbe zu treiben,[2b]) besteht indeß nicht ohne Einschränkungen. Dieselben sind theils objektiver Natur; dahin gehören alle Bestimmungen, die allgemein den Handel mit gewissen Gegenständen oder gewisse Arten von Geschäften für unstatthaft erklären (Aus-

---

[1]) Go. § 44 S. 483 ff. (Anm. 6.a bis 9.b); Thöl § 43—50 (ausführliche Darstellung der auf das Recht zum Handelsbetrieb bezüglichen Bestimmungen der R.Gew.Ordn.); Endem. § 14; Gareis § 12; v. Hahn, v. Völdernd. und Anschütz zu Art. 11 und 276; Pard. I No. 72 ss.; Bédarr. I No. 66 ss.; Massé II No. 875—930; Lyon I No. 152 ss.; Holtius I bl. 70; de Wal I bl. 46; Vidari I No. 108 ss.

[2]) Für das Deutsche Reich ist das Prinzip der Gewerbefreiheit im § 1 der R.Gew.Ordn. vom 21. Juni 1869, für Oesterreich durch die österr. Gew.O. vom 20. December 1859 anerkannt. Letztere unterscheidet im § 1 zwischen freien und concessionirten, d. h. concessionsbedürftigen Gewerben. Freie Gewerbe sind alle diejenigen, die nicht unter den speciell namhaft gemachten concessionirten aufgeführt werden. Auf den Handelsbetrieb insbesondere bezieht sich Art. III und IV des Kundmachungspatents, vgl. Z. 3. 321 ff.

[2a]) Thöl § 44, 45.

[2b]) R.Gew.Ordn. § 2, 3.

Digitized by Google

und Einfuhrverbote, Verbot des Handels mit auswärtigen Lotterieloosen, Verbot des Handels mit dem Feinde, Beschränkungen mit Rücksicht auf das Gebot der Sonntagsheiligung, aus Rücksichten der Sanitätspolizei u. dgl. m.).[3] Theils beziehen sie sich auf die Person der Handeltreibenden (subjektive Beschränkungen der Handelsfreiheit), indem sie den Betrieb eines Handelsgewerbes oder einzelner Handelsgeschäfte entweder gewissen Personen untersagen oder von bestimmten persönlichen Erfordernissen abhängig machen. Namentlich die Beschränkungen der zweiten Gattung sind durch die Reichs-Gewerbe-Ordnung erheblich vermindert worden.[4] Gegenwärtig gehören insbesondere hierher: a) die Bestimmungen des Reichs- und Landesrechts, durch welche den Personen des Soldaten- und Beamtenstandes und deren Angehörigen der Handelsbetrieb entweder ganz verboten oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet ist;[5] b) die auf die Person der Handeltreibenden bezüglichen Verbote, Einschränkungen und Erfordernisse, welche die von der Reichs-Gewerbe-Ordnung eximirten Gewerbe betreffen;[6] c) die Vorschrift des H.G.B.'s, nach welcher die Handelsmäkler weder unmittelbar noch mittelbar,

---

[3]) Vgl. u. A. Reichsgew.Ordn. § 5, 6 (nur theilweise hierher gehörig, unten Anm. 6), 51, 56, 64 ff., 72 ff.; R.Str.G.B. § 89, 327, 328, 366[1], 367[3, 7, 9]; Reichsges. v. 7. April 1869, Maßregeln gegen die Rinderpest betr.; Reichsges. v. 14. Mai 1879 betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen. Ebenso gehören die Beschränkungen hierher, die sich aus den Gesetzen zum Schutz des Urheberrechts, aus dem Patentgesetz und dem Markenschutzgesetz ergeben.

[4]) Weggefallen sind insbesondere die Beschränkungen, die in der Zünftigkeit des Handels ihren Ursprung hatten; das Verbot des Handelsbetriebs für den Adel (L. 3 C. de commerciis 4, 63); die Verbote mit Rücksicht auf religiöses Bekenntniß (Juden, Reichsges. vom 3. Juli 1869), auf das Geschlecht (Frauen, R.Gew.O. § 11, unten § 34), auf das Gemeindebürgerrecht (R.Gew.O. § 12[1], 13). Vgl. hierzu über das frühere Recht Martens § 9—12; Heise S. 17 ff., auch R. 3. 85 (413 f.); 12. 30 (94), oben § 8.

[5]) R.Gew.O. § 12; dazu L. un. C. negotiatores ne milit. 12. 34; L. 12 § 3 C. de cohortal. 12. 57 (Militärpersonen); c. 6, 9 X. ne clerici vel monachi 3, 50; Nov. 123. c. 6 (Geistliche).

[6]) R.Gew.Ordn. § 6 (Ges. v. 23. Juli 1879). Die Bestimmungen außerhalb der R.Gew.Ordn., auf die hinsichtlich der hier genannten Gewerbe und Geschäfte zurückzugehen ist, sind z. Th. objektive Beschränkungen des Handelsbetriebs (Verbot des Handels mit auswärtigen Lotterieloosen, Beschränkungen der Befugniß zum Halten von Fähren aus dem Gesichtspunkt der Regalität), oben Anm. 3.

Digitized by Google

für eigne Rechnung oder als Kommissionäre Handelsgeschäfte machen dürfen;[7]) d) die nach der Reichs-Gewerbeordnung für den Betrieb gewisser Handelsgewerbe zu erfüllenden persönlichen Bedingungen (Approbation, obrigkeitliche Erlaubniß, Besitz eines Legitimationsscheines);[8]) e) die Vorschrift der Reichs-Gewerbeordnung, nach welcher den wegen Vergehen aus Gewinnsucht oder wegen Verbrechen gegen das Eigenthum bestraften Personen der Betrieb gewisser Handelsgeschäfte untersagt werden kann.[9]) — Privatrechtlich sind alle diese Bestimmungen ohne Bedeutung; ihre Uebertretung hat weder Ungültigkeit des einzelnen Geschäftes zur Folge, noch benimmt sie ihm die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts, noch entzieht sie demjenigen, der derartige Geschäfte gewerbmäßig, wenn auch verbotswidrig betreibt, die Eigenschaft eines Kaufmannes im Sinne des H.G.B.'s.[10]) — In Bezug auf die Wirkung der vorerwähnten ob-

---

[7]) H.G.B. 69[1]. Vgl. unten im dritten Kapitel d. B.'s.

[8]) R.Gew.O. § 16, 29, 33[3], 34 (die beiden letzten §§ nach dem durch das G. vom 23. Juli 1879 geänderten Text), 43, 44, 55, 57. Auch die allgemeine Vorschrift der Anzeige bei Begründung eines stehenden Gewerbebetriebs (R.Gew.O. § 14) gehört zu diesen Erfordernissen.

[9]) R.Gew.O. § 35[2]. Ebenso die nach dem Ges. gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. Oktober 1878 § 23—25 vorhandene Möglichkeit, gewissen Personen den Betrieb bestimmter Gewerbe zu verbieten.

[10]) H.G.B. 11: Durch die Landesgesetze, welche in gewerbepolizeilicher oder gewerbesteuerlicher Beziehung Erfordernisse zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmanns oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufstellen, wird die Anwendung der Bestimmungen dieses G.B.'s nicht ausgeschlossen, ebenso werden jene Gesetze durch dieses G.B. nicht berührt. — 276: Die Eigenschaft oder die Gültigkeit eines Handelsgeschäfts wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß einer Person wegen ihres Amtes oder Standes oder aus ähnlichen Gründen untersagt ist, Handel zu treiben oder Handelsgeschäfte zu schließen. (In Betreff der verbotswidrigen Geschäfte der Handelsmäkler Art. 69[1]). Zur Redaktionsgeschichte s. Zus. a. E. d. §, Go. a. a. O. Anm. 7, 8. Zur Auslegung vgl. R. 23. 74 (213); Bu. 7. 217 (A.G. Cöln 65); 15. 163 (Nürnb. 66); 19. 264 (O.G. Wolfenb. 68); Z. 13. 620 (Nürnb. 67). Auf die letzten Worte des Art. 11 insbesondere beziehen sich die widersprechenden Entscheidungen des O.-Trib. Berlin, Bu. 7. 216; 11. 222. (Beide Entscheidungen erörtern die Frage, ob durch das H.G.B. die Bestimmungen der Preuß. Gewerbegesetzgebung in Betreff der Concessionspflichtigkeit der gewerbmäßigen Vermittler unanwendbar geworden sind. Die zweite verneinende Entscheidung übersieht, daß für diese Frage Art. 11 nicht in Betracht kommt. Seit der R.Gew.Ordn. hat dieselbe kein praktisches Interesse mehr.) — Aus Art. 11 folgt auch, daß für die Eintragung einer Firma ins Handelsregister die Erfüllung der gewerbepolizeilichen

Digitized by Google

jektiven Beschränkungen läßt sich keine allgemeine Regel aufstellen; es kommt hier auf die Beschaffenheit des betreffenden Verbotsgesetzes an.[11])

Zusatz. Das Projet zum Co. von 1801 beginnt mit dem Satz: Toute personne a le droit de faire le commerce en France. Im Co. ist diese Bestimmung fortgeblieben, weil sie nicht in das H.G.B. gehöre, überflüssig und auch unrichtig sei: „le commerce est incompatible avec les grandes dignités et avec certaines fonctions.“ (Aus den procès-verb. bei Locré esprit du Co. art. 1.) Auch das heutige französische Recht kennt unter der Bezeichnung incompatibilité eine Reihe von Fällen, in denen gewissen Personen der Handelsbetrieb mit Rücksicht auf ihre amtliche Stellung untersagt ist. Dahin gehören: a) die Beamten, denen die Dienstpragmatik überhaupt keinen Gewerbebetrieb gestattet: Mitglieder der Magistratur, Advokaten, Notare, Huissiers u. A.; b) die im Code pénal art. 175, 176 unter strafrechtliche Sanction gestellten Fälle: Oeffentliche Beamte sollen in Angelegenheiten, mit denen sie amtlich befaßt sind, kein Privatinteresse verfolgen. Militärbefehlshaber, Präfecten und Unterpräfecten sollen innerhalb ihres Amtsbezirkes keinen Handel mit Körnern und anderen näher bezeichneten Victualien treiben; c) die Wechselagenten und Mäkler nach Co. 85 ss. (durch Art. 6 und 7 des Ges. vom 18. Juli 1866 ist dieses Verbot für die Waarenmäkler aufgehoben). — In Bezug auf die Wirkung dieser Verbote besteht allgemeines Einverständniß darüber, daß in den Fällen zu a. die Verbotswidrigkeit keine Ungültigkeit des Geschäfts zur Folge hat. Bestritten sind dagegen die Fälle zu b. und c. Einige wollen auch hier den gleichen Grundsatz zur Anwendung bringen (Massé, Lyon), während Andere, weil in den hierher gehörigen Fällen nicht blos Ueberschreitung eines Disciplinargesetzes, sondern auch der Thatbestand eines Delictes vorliege, Nichtigkeit eintreten lassen, die indeß dem gutgläubigen Gegencontrahenten nicht entgegengesetzt werden könne. (Bédarr. unter ausführlicher Darlegung der verschiedenen Ansichten.)

Unstreitig ist aber wiederum für alle vorstehenden Fälle, daß, wenn die verbotswidrigen Geschäfte gewerbmäßig betrieben werden, der Betreffende in Bezug

---

und gewerbesteuerlichen Erforderniſſe nicht zur Bedingung gemacht werden kann, wie dies das Sächs. Just.Min., Bu. 1. 485 verlangt; dagegen mit Recht Voigtel, Bu. 4. 228 ff., vgl. auch Z. 7. 502 (Preuß. Just.Min.). — Der im Art. 276 enthaltene Grundsatz war übrigens schon vor dem H.G.B. allgemein anerkannt, s. außer den bei Go. Anm. 7 (S. 484) Angeff. namentlich Seu. 13. 242 (Ob.-Trib. Stuttg. 60). Ebenso galten auch nach früherem Recht die Verbote in Betreff der Handelsmäkler regelmäßig als leges minus quam perfectae, die abweichende Vorschrift der Bremischen Waarenmäklerordnung von 1828, welche die verbotswidrigen Geschäfte für nichtig erklärt, war durchaus singulär, Bu. 8. 287 ff. (Lübeck 65).

[11]) Die Vorschrift der L. 5 § 1 C. de. leg. (1. 14) ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse quod factum est, kann für das heutige Recht keine unbedingte Geltung beanspruchen, v. Savigny System I S. 239, Seu. 13. 242.

Digitized by Google

auf Gerichtszuständigkeit und Faillitverfahren, als Kaufmann behandelt wird (oben § 24 Anm. 5).

Von der dargelegten incompatibilité (auch prohibition genannt) wird die incapacité unterschieden, die auf einem Mangel der zum Handelsbetrieb erforderlichen persönlichen Eigenschaften beruht. Die hierher gehörigen Fälle sind insbesondere Minderjährige, Ehefrauen, Interdicirte. Hiervon in den Zusätzen zu den folg. §§.

Im Wesentlichen dieselben Grundsätze gelten nach holländischem, italienischem, belgischem Recht. Das Verbot in Betreff der Handelsmäkler s. Holl. 65 ², Ital. 53, 54; in Belg. ist dasselbe ganz beseitigt. Die oben gen. holländ. Schriftsteller nehmen ebenso wie Vidari und Namur allgemein Gültigkeit der verbotswidrig eingegangenen Geschäfte an; letzterer betont überdies ausdrücklich, daß der gewerbmäßige Betrieb derartiger Geschäfte Kaufmannseigenschaft begründet.

In Span. und Port. wird das Prinzip allgemeiner Berechtigung zum Handelsbetrieb ausdrücklich als Regel anfgestellt. Span. 3 formulirt dasselbe dahin, daß jeder, der vertragsfähig ist, auch die Fähigkeit besitzt, Handel zu treiben. Port. 2, 3 ist wörtlich dem Projet von 1801 entlehnt. Nach beiden Gesetzbüchern (Span. 8, Port. 28) ist Incompatibilität vorhanden bei geistlichen Korporationen, Klerikern, gewissen Beamtenkategorien; dazu Mäkler: Span. 99 ff., Port. 127 ff. Incapacität wird angenommen bei Interdicirten und Fallirten bis zur Rehabilitation. (Span. 9, Port. 29)*). Gegen die gesetzlichen Bestimmungen abgeschlossene Geschäfte sind nichtig. Ist ein nicht notorisches Hinderniß von dem, in dessen Person dasselbe begründet ist, dolos verschwiegen worden, so wird er aus den gesetzwidrigen Geschäften verpflichtet, ohne seinerseits Rechte aus denselben geltend machen zu können. (Span. 10, Port. 30.)

Ungarn 6 verweist hinsichtlich der Frage, von wem und unter welchen Bedingungen der Handel als Gewerbebefugniß ausgeübt werden könne, auf das Gewerbegesetz; die Kaufmannseigenschaft im Sinn des Handelsgesetzes ist jedoch offenbar nicht von der Erfüllung dieser Bedingungen abhängig. § 263 stimmt mit unserem Art. 276 überein.

Entwürfe. Bereits Er. Tit. 1 Art. 2 erklärt die Eigenschaft eines Kaufmanns sowie die Gültigkeit und Klagbarkeit seiner Handelsgeschäfte für unabhängig von den partikularrechtlichen Bestimmungen über die Betreibung des Gewerbes. Aus den Motiven S. 21 f. ergiebt sich, daß hiermit die Vorschriften des öffentlichen Rechts gemeint sind, durch welche die Befugniß zum Handelsbetrieb entzogen, eingeschränkt oder an Bedingungen geknüpft wird. Es ist bemerkenswerth, daß man bei der Berathung des H.G.B.'s erst auf Umwegen wieder zu diesem Inhalt, aber nicht zu einem ebenso concinnen Ausdruck desselben gelangt ist. Pr. enthält eine viel enger gefaßte Bestimmung im Art. 213: „Die Gültigkeit eines Handelsgeschäfts wird dadurch nicht aufgehoben, daß einer Person wegen

*) Das span. Ges. nennt statt der Interdicirten diejenigen, die durch Gesetz oder gerichtliches Erkenntniß für infam erklärt sind; dies ist indeß durch die spätere Gesetzgebung geändert, de la Serna p. 60 not. 4. Die obige Bestimmung in Betreff der Falliten geht viel weiter als der Co. und die ihm folgenden Gesetzbücher, die denselben bis zur Rehabilitation nur den Besuch der Börse untersagen, sie aber nicht einmal während der Dauer des Konkursverfahrens für geschäftsunfähig erklären.

Digitized by Google

ihres Amtes oder Standes untersagt ist, Handel zu treiben." — E.I 2 a. E. bestimmt, daß die gewerbepolizeilichen Erfordernisse, welche die Landesgesetze zur Begründung der Kaufmannseigenschaft aufstellen, durch das H.G.B. nicht berührt werden, spricht dagegen nicht aus, daß auch umgekehrt die Kaufmannseigenschaft im Sinne des H.G.B.'s nicht an jene Erfordernisse gebunden sein soll. Pr. 213 findet sich hier in Art. 235 mit der Erweiterung, daß auch der in den Gewerbepolizeigesetzen enthaltenen Verbote Erwähnung gethan wird. — In E.II kehren dieselben Bestimmungen, wiederum mit einigen Erweiterungen, als Art. 10 und 259 wieder. Art. 10 erwähnt als nicht beeinflußt durch das H.G.B. auch die Gewerbesteuergesetze, Art. 259 stimmt bis auf die fehlenden letzten Worte („oder Handelsgeschäfte zu schließen") vollständig mit dem H.G.B. überein. Die Berathungen der 3. Les., die zu dem gegenwärtigen Text geführt haben, s. Prot. 4629 f., 5065 f., vgl. auch Go. § 44[4]. — Auf einem principiell verschiedenen Standpunkt stehen die österreichischen und der württemb. Entw. Nach Or. 7 und Om. 3 sollen nur diejenigen als Handelsleute gelten, die „nach Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse" („erlaubter Weise", Om.) Handel treiben. In Bezug auf die Befugniß zum Handelsbetrieb verweisen beide Entwürfe auf die „Gewerbs- und politischen Vorschriften" (Or. 11; Om. 7). Ueber das von ihnen selbst aufgestellte Erforderniß der Protokollirung s. oben Zus. zu § 22. Eine dem Art. 276 entsprechende Vorschrift fehlt, dagegen bestimmt Or. 34, daß zwar die von der Protokollirung abhängigen Rechte den nicht protokollirten Kaufleuten nicht zustehen, die Unterlassung der Eintragung indeß gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden könne. — Nach W. 8 sind unfähig zum Handelsbetrieb (also auch zum Eintrag in die Handelsmatrikel) Geistliche und Schullehrer, Staatsdiener, Gantleute bis zur Wiederbefähigung. Die Bestimmungen des H.G.B.'s sollen nach Art. 11 das. überhaupt nur auf denjenigen gewerbmäßigen Handelsverkehr Anwendung finden, welchem ein gehöriger Eintrag in die Handelsmatrikel voraufgeht und nur so lange keine Löschung desselben stattgefunden hat. Vgl. auch hierzu den angef. Zus.

§ 33.
Mängel der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit. Unmündige und Minderjährige. Kinder in väterlicher Gewalt.[1])

Handlungsfähigkeit ist kein Erforderniß der Kaufmannseigenschaft.[2]) Sowohl Personen, die der Handlungsfähigkeit völlig er-

[1]) Martens § 12; Heise S. 23 f.; Brinckmann § 19; Thöl § 41; Endemann § 24; Gareis § 17; v. Hahn Zus. 1 zu Buch I Tit. 1; Mandry civilr. Inh. d. Reichsges. S. 11 ff.; ders. im Württemb. Arch. Bd. 12 S. 28 ff., 16 S. 127 ff.; Pard. I No. 57 ss., Bédarr. I No. 67 ss., 155 ss.; Massé II No. 1034 ss.; Lyon I No. 161 ss.; Namur I No. 113 ss.; Vidari I No. 113 ss., de Wal I bl. 69.

[2]) Weder das H.G.B. noch die R.Gew.O. stellen dies Erforderniß auf. Ueber die Entwürfe s. Zus. — Der § 57 der R.Gew.O., aus welchem hervorgeht, daß Minderjährigen der Legitimationsschein zum Gewerbebetrieb im Umherziehen versagt werden kann, ist lediglich gewerbepolizeilicher Natur und demnach für die

Digitized by Google

mangeln (juristische Personen, Kinder, Wahnsinnige), wie solche, denen nur die volle juristische Willensfähigkeit fehlt (Unmündige, Minderjährige, Verschwender) oder die durch familienrechtliche Abhängigkeitsverhältnisse in ihrer Dispositionsbefugniß beschränkt sind (Hauskinder, Ehefrauen), können Kaufleute im Sinn des H.G.B.'s sein.[3]) Bei den Erstgenannten ist dies möglich, indem durch Vertreter ein Handelsgewerbe in ihrem Namen betrieben wird;[4]) unvollkommen handlungsfähige und in ihrer Dispositionsbefugniß beschränkte Personen können auch selbst dem Handelsbetrieb vorstehen, sofern der Mangel ihrer Willensbestimmung in geeigneter Weise ergänzt wird.

Die näheren Voraussetzungen, unter denen sich die eine oder andere dieser Möglichkeiten in Betreff der verschiedenen hierher gehörigen Personen verwirklichen kann, sind weder im H.G.B., noch in der Reichs-Gewerbeordnung festgestellt, müssen mithin nach bürgerlichem Recht, bezw. auf Grund derjenigen Rechtssätze bestimmt werden, durch welche die Vertretung handlungsfähiger Personen geregelt wird.[4a])

Besondere Beachtung verdienen in dieser Hinsicht, abgesehen von den juristischen,[5]) namentlich die unter Altersvormundschaft stehenden sowie die in väterlicher Gewalt befindlichen Personen.

A. In Betreff der ersteren ergeben sich nach gemeinem Recht folgende Grundsätze:

1. Das in vormundschaftlicher Verwaltung befindliche Vermögen darf weder zur Neubegründung, noch zum Erwerb eines Handels-

---

Kaufmannseigenschaft im Sinne des H.G.B.'s bedeutungslos. Die älteren deutschen Gewerbegesetze verhalten sich in dieser Hinsicht regelmäßig nicht so indifferent, vgl. z. B. Preuß. Gew.Ordn. v. 17. Januar 1845 § 16, 17.

[3]) In keine der vorstehenden Kategorien gehören die Fälle, in denen der Betrieb eines Handelsgewerbes mit Rücksicht auf ein bestehendes Vertragsverhältniß untersagt oder nur unter Zustimmung bestimmter Personen gestattet ist, H.G.B. 56, 59, 96, 159. Ebenso wenig dürfen dieselben als Beschränkungen des Rechts zum Handelsbetrieb im Sinn des vorigen § aufgefaßt werden.

[4]) Der Vertretung im Handelsbetrieb erwähnt in Betreff der Wittwe und der minderjährigen Erben des Gewerbtreibenden die R.Gew.Ordn. § 46. Auch diese Bestimmung hat aber lediglich gewerbepolizeiliche Bedeutung, sie bezieht sich auf die Frage, inwiefern den in der R.Gew.O. aufgestellten Erfordernissen für den Betrieb stehender Gewerbe durch Vertreter entsprochen werden kann.

[4a]) Diese Rechtssätze gehören z. Th. (bei juristischen Personen) dem öffentlichen Recht an.

[5]) Oben § 25.

Digitized by Google

geschäfts verwendet werden. Dagegen kann die Fortsetzung eines durch Erbgang auf den Pflegebefohlnen gelangten Geschäfts im Interesse der Erhaltung seines Vermögens oder Nahrungsstandes geboten erscheinen.[6]) Der Vormund muß in einem solchen Fall sowohl zur Fortsetzung wie zur Einstellung des Handelsbetriebs obervormundschaftliche Genehmigung einholen.[7]) Wird er ermächtigt, das Geschäft im Namen der Pflegebefohlnen fortzuführen, so ersetzt die gerichtliche Autorisation zugleich das sonst erforderliche Decret zu den einzelnen im Handelsbetrieb vorkommenden Veräußerungen sowie zur Empfangnahme von Zahlungen.[8]) Als Vertreter des Pflegebefohlnen hat der Vormund die Befugnisse eines zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten. An Stelle desselben kann das Vormundschaftsgericht oder der Erblasser, von dem das Geschäft herrührt, einen besonderen Vertreter für die Geschäftsleitung ernennen, und zwar sowohl mit den Befugnissen eines Handlungsbevollmächtigten wie mit denen eines Prokuristen.[9]) Auch dem Vormund selbst kann in dieser Weise Prokura ertheilt werden. — Eine derartige Vertretung im Handelsbetrieb ist für alle bevormundeten Personen ohne Unterschied des Alters statthaft; die Kaufmannseigenschaft wird hierdurch in der Person des Pflegebefohlnen begründet.[10])

[6]) Rudorff Vormundschaft II S. 361. Kraut Vormundsch. II S. 136. Die bei ersterem citirten L. 47 § 6, L. 58 pr. de admin. et peric. (26. 7); L. 65 pr. pro soc. (17. 2); L. 7 C. eod. (4. 37) besagen zwar wenig, es bedarf aber mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze über die Verwaltung des Mündelguts keiner speciellen Belege für die obigen Sätze. Mit denselben stimmt im Wesentlichen auch das Preuß. L.R. II. 8 § 605—642 überein, zu welchem Reinecke in Gruchot's Beitr. N. F. Bd. 4 S. 209 zu vergl. ist. Ueber das gegenwärtige Preuß. Recht s. Zus. am Schlusse d. §. Ausnahmen von vorstehenden Grundsätzen können durch letztwillige Bestimmungen des Erblassers, von dem das Vermögen herrührt, begründet sein.

[7]) Der Vormund ist in allen wichtigen Angelegenheiten zur Rückfrage bei dem Vormundschaftsgericht verpflichtet, Rudorff II S. 355; Kraut II S. 95.

[8]) Dies ist eine Consequenz, die sich aus der obervormundschaftlichen Genehmigung des Handelsbetriebs mit Nothwendigkeit ergiebt.

[9]) Das Vormundschaftsgericht kann jederzeit neben dem Vormund besondere Gehülfen für einzelne Zweige der vormundschaftlichen Verwaltung bestellen. Rudorff I S. 405 ff., vgl. auch Preuß. E.G. 21 [1]. Der Vormund ist weder ermächtigt, Prokura, noch, wenn er nicht etwa selbst Prokurist ist, eine Handlungsvollmacht zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes zu ertheilen, H.G.B. 53.

[10]) Die obigen Grundsätze finden auch auf Entmündigte entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

2. Unmündige, die das Kindesalter überschritten haben, können mit Genehmigung des Vormunds selbst ein Handelsgewerbe betreiben.[11]) Erforderlich ist hierzu indeß eine dauernde Mitwirkung des Vormunds, da durch einen zum Handelsbetrieb im Allgemeinen ertheilten Konsens sein Vollwort in Betreff der einzelnen Handelsgeschäfte nicht entbehrlich wird.[12]) Der Vormund muß auch zu einer solchen Mitwirkung die obervormundschaftliche Genehmigung nachsuchen,[13]) die, wenn sie ertheilt wird, dieselbe Wirkung hat wie im vorigen Fall.

3. Minderjährige[14]) bedürfen der Genehmigung des Vormunds nicht zur Begründung der Kaufmannseigenschaft, sondern nur zur Gültigkeit der im Handelsbetrieb vorkommenden Veräußerungen.[15]) Die Genehmigung braucht aber hier nicht speziell für den einzelnen Veräußerungsfall zu erfolgen, sondern kann auch allgemein für alle im Betrieb des Handelsgewerbes stattfindenden Veräußerungen ertheilt werden.[16]) Eine derartige allgemeine Genehmigung ist immer

---

Die Fortsetzung des Handelsbetriebs kann bei ihnen nicht nur im Fall eines ererbten Handelsgeschäfts, sondern auch wenn sie selbst zur Zeit der Entmündigung Inhaber eines solchen waren, in Frage kommen.

[11]) Die Darstellung im Text geht von der hier nicht näher zu begründenden Auffassung aus, daß der Unterschied zwischen der Handlungsfähigkeit der Unmündigen und Minderjährigen im e. S. noch dem heutigen gemeinen Recht angehört; Windscheid § 71 Anm. 8, 9. Bekanntlich hält eine sehr verbreitete Ansicht diesen Unterschied für beseitigt. Die neueren Gesetzbücher erkennen ihn ebenfalls sämmtlich nicht an.

[12]) Eine generelle Genehmigung aller dem Handelsgewerbe angehörigen Geschäfte seitens des Vormundes eines Unmündigen würde unwirksam sein, Rudorff II S. 315 ff.

[13]) Die obervormundschaftliche Genehmigung ist auch in diesem Fall nicht zu den einzelnen Rechtsgeschäften, in denen der Betrieb des Handelsgewerbes besteht, sondern vielmehr zur Verwirklichung der auf den gewerbmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften gerichteten Absicht nachzusuchen.

[14]) Den Minderjährigen stehen nach gemeinem Recht die prodigi gleich. Die neueren Gesetzgebungen entziehen ihnen z. Th. die Befugniß zum Handels-, bezw. Gewerbebetrieb; s. oben Zus. zu § 32, so auch A.L.R. II. 18 § 812. Diese Bestimmung ist zwar durch die Vorm.Ordn. vom 5. Juli 1875 außer Kraft gesetzt, aber auch nach dem derzeit geltenden Preußischen Recht dürfte es an einem Mittel fehlen, den Verschwender generell zum Betrieb eines Handelsgewerbes zu ermächtigen, da die Vorschriften des Ges. vom 12. Juli 1875 nur die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger betreffen; anscheinend a. M. Dernburg Preuß. Privatr. Bd. I. § 76[4]. — Vgl. noch in Betreff der Verschwender Straccha de mercat. III. 26, Massé II. No. 1101; Vidari I. No. 132.

[15]) Rudorff II. S. 284 ff., Windscheid § 71.

[16]) Die Genehmigung zu den Handlungen des Minderjährigen braucht nicht,

Digitized by Google

anzunehmen, wenn der Vormund seine Zustimmung zu dem Gewerbebetrieb des Minderjährigen erklärt hat.[17]) Wird der Minderjährige gerichtlich zur Betreibung eines Handelsgewerbes ermächtigt, so bedarf er wiederum nicht des obrigkeitlichen Decrets zu denjenigen dem Handelsbetrieb angehörigen Rechtsgeschäften, für die dasselbe nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erforderlich sein würde.[18])

4. Die Rechtssätze, welche besondere Bestimmungen zu Gunsten der Minderjährigen enthalten, finden auch auf minderjährige Kaufleute Anwendung.[19]) Dies gilt insbesondere von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Nach den Quellen ist dieselbe dem handeltreibenden Minderjährigen allerdings nur mit besonderer Vorsicht zu gewähren, sowohl weil bei ihm die Annahme einer durch die Minderjährigkeit verursachten Läsion wenig wahrscheinlich ist,[20]) als auch wegen der Gefahr, welche die Rescission des einzelnen Geschäfts für den Kredit des Minderjährigen mit sich bringt.[21]) Eine

---

wie bei Unmündigen, in einer Mitwirkung bei dem Geschäft selbst zu bestehen, sie kann dem Geschäftsabschluß voraufgehen, bedingungsweise und mit einer Zeitbestimmung ertheilt werden. Es steht demnach auch nichts entgegen, sie allgemein für alle in Ausübung des Handelsgewerbes stattfindenden Veräußerungen auszusprechen.

[17]) Eine bestimmte Form für die Erklärung der Genehmigung ist nicht vorgeschrieben; stillschweigendes Geschehenlassen kann aber nicht als solche gelten, da der Vormund keine Veranlassung hat, gegen den Handelsbetrieb des Minderjährigen Einspruch zu erheben. Die Genehmigung ist widerruflich, der Widerruf muß nur, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, in erkennbarer Weise kundgegeben werden. Gleiches gilt von der obervormundschaftlichen Autorisation zum Handelsbetrieb, nicht nur der Minderjährigen, sondern in all den Fällen, in denen dieselbe ertheilt wird. (Anders liegt die Sache in Betreff des vormundschaftlichen Consenses zum Handelsbetrieb Unmündiger. Hier kann von einer Rücknahme desselben nicht wohl die Rede sein, da die Nothwendigkeit einer beständigen Mitwirkung des Vormundes bei Abschließung der Handelsgeschäfte vorhanden ist.)

[18]) Auch bei Minderjährigen ist das Decret zu Veräußerungen und zur Empfangnahme von Zahlungen nothwendig, hinsichtlich der letzteren allerdings nicht zur Gültigkeit der Zahlung, wohl aber, um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auszuschließen. Rudorff II. S. 288 f. — Ueber die Prozeßfähigkeit R.Civ.Pr.Ordn. § 51[1]; Mandry civilr. Inh. d. Reichsges. S. 14.

[19]) Mandry a. a. O. S. 13 f.

[20]) L. 1 C. qui et adv. quos (2. 41), s. Zus. am Schluß d. §.

[21]) L. 24 § 4 de min. (4. 4): ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur.

Digitized by Google

unbedingte Versagung der Rechtswohlthat ist indeß nicht gerechtfertigt.[22])

B. Theilweise andere Grundsätze kommen bei den Kindern in väterlicher Gewalt zur Anwendung. Für diese besteht während der Dauer der Unmündigkeit die bei gewaltfreien Unmündigen vorhandene Möglichkeit einer Ergänzung des Willens nicht. Von einem auf eigener Thätigkeit beruhenden Handelsbetrieb unmündiger Hauskinder kann mithin nicht die Rede sein.[23]) Die Kaufmannseigenschaft kann für sie nur dadurch begründet werden, daß der Vater oder ein anderer Vertreter ein Handelsgewerbe in ihrem Namen betreibt, und auch dies ist nur unter der Voraussetzung denkbar, daß das Kind eignes Vermögen besitzt, welches der Verwaltung und dem Nießbrauch des Vaters nicht unterliegt.[24]) — Mündige Haus-

[22]) Dies ergiebt sich aus den beiden vorangehenden Stellen. Für die Zulässigkeit der Restitution: Z. 2. 394 (O.A.G. Darmst. 57); Bu. 27. 57 (A.G. Eisenach 72); unentschieden Z. 6. 570 (Hamb. O.G. 61); dagegen Z. 6. 568 f. (Hamb. H.G. 61). Die lehrreiche Erörterung in R. 4. 6 (28 ff.) ist für die vorliegende Frage ohne unmittelbares Ergebniß, da sie von den Gesetzgebungen ausgeht, welche dem minderjährigen Kaufmann die Restitution in Bezug auf seine Handelsgeschäfte versagen und vom Standpunkt dieser Gesetzgebungen aus die Restitution gegen processualische Versäumnisse in einem vom Vormund Namens des Minderjährigen geführten, das Handelsgewerbe des letzteren betreffenden Proceß für unstatthaft erklärt. — Nach gemeinem Recht steht bekanntlich der Anspruch auf Restitution dem Minderjährigen nicht blos gegen seine eigenen Handlungen, sondern auch gegen die seiner Vertreter zu und wird auch durch obervormundschaftliche Genehmigung nicht ausgeschlossen. Eine Ausnahme macht in letzterer Hinsicht das Decret, welches die Gläubiger zu Zahlungen an den Minderjährigen autorisirt, oben Anm. 18.

[23]) L. 141 § 2 D. de V. O. (75. 1); § 10 J. de inutil. stip. (3. 19): qui in parentis potestate est impubes, nec auctore quidem patre obligatur. Mandry Familiengüterrecht I. S. 346 f. So nach römischem und gemeinem Recht. Anders nach den Partikularrechten, welche das Verhältniß des Vaters zu den minderjährigen Kindern als Vormundschaft ansehen. Hier sind unmündige und minderjährige Kinder in Ansehung der Geschäftsfähigkeit regelmäßig den Gewaltfreien desselben Alters gleichgestellt, an Stelle der vormundschaftlichen Genehmigung tritt die des Vaters; Kraut Vorm. II. S. 627 ff., Stölzel väterl. Gewalt S. 26. So auch österr. G.B. § 152, sächs. G.B. § 1822. Ebenso nach französischem Recht Zachariä 6. Aufl. I. S. 250 f. Nach Preuß. L.R. II. 2 § 125 können sichauch großjährige Hauskinder, sofern sie nicht etwa freies Vermögen besitzen, nur mit Genehmigung des Vaters verpflichten; Stölzel S. 27; Dernburg III. S. 154. In Betreff der minderjährigen Hauskinder s. am Schluß d. §.

[24]) Betreibt der Vater das Handelsgewerbe mit dem seinem Nießbrauch unterworfenen Vermögen des Kindes, so ist er selbst das Subject des Handelsbetriebs

Digitized by Google

kinder sind dagegen mit Ausnahme der aus dem SC. Macedonianum hervorgehenden Beschränkungen handlungs- und verpflichtungsfähig und daher auch fähig, in eignem Namen ein Gewerbe zu betreiben.[25]) Vermöge des Gewaltverhältnisses steht aber dem Vater gegen den Handelsbetrieb, und zwar auch des großjährigen Kindes, ein Einspruchsrecht zu, kraft dessen er die Einstellung eines gegen seinen Willen begründeten oder fortdauernden Gewerbebetriebs verlangen kann.[26]) Einem grundlosen Einspruch gegenüber ist das Kind richterlich in Schutz zu nehmen.[27]) Die Handelsgläubiger können sich an das Vermögen des Kindes nur unbeschadet des väterlichen Rechts halten.[28]) Der Vater braucht sich einen Eingriff in sein Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht nur gefallen zu lassen, sofern er die Verwendung des Kindesvermögens zum Handlungsfonds gestattet hat oder für die Geschäftsschulden des Kindes persönlich haftet. Eine persönliche Haftung des Vaters entsteht weder durch das Unterlassen des Einspruchs noch durch einen etwaigen ausdrücklichen Konsens zum Gewerbebetrieb des Kindes. — Aufhebung der väterlichen Gewalt bewirkt nach gemeinem Recht der Handelsbetrieb des Kindes nur dann, wenn mit demselben die Gründung einer separata oeconomia verbunden ist, was zwar häufig zutreffen wird, aber keineswegs immer der Fall zu sein braucht.[29])

---

und mithin Kaufmann, ebenso wie der Pächter eines Handelsgeschäfts oder derjenige, dem der Usufructus an einem solchen legirt ist.

[25]) Die für gewaltfreie Minderjährige erforderliche Zustimmung des Curators zu Veräußerungsgeschäften fällt bei minderjährigen Hauskindern fort. Dagegen ist das obrigkeitliche Decret bei Veräußerungen aus ihrem der Verwaltung und dem Nießbrauch des Vaters nicht unterliegenden Kapitalvermögen ebenso wie bei gewaltfreien Minderjährigen erforderlich. Da ferner minderjährige Hauskinder gleich gewaltfreien Minderjährigen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand haben, so ist die obervormundschaftliche Autorisation zum Handelsbetrieb derselben auch wegen der ihnen zu machenden Zahlungen (Anm. 18, 22), wenngleich nicht unbedingt geboten, doch in hohem Grade zweckmäßig.

[26]) Das Einspruchsrecht steht dem Vater, so lange die väterliche Gewalt fortdauert, unabhängig von den Rechten am Vermögen der Kinder wie auch vom Alter der letzteren zu, arg. L. 3 C. de pa. po. (8. 47).

[27]) Die väterliche Gewalt kann überhaupt nicht in schrankenloser Weise ausgeübt werden.

[28]) Zum Folgenden bes. Mandry im Württemb. Arch. Bd. 12 S. 38 ff.

[29]) Kraut Vormundsch. II S. 647 f.; Stölzel väterl. Gew. S. 18; Mandry a. a. O. Württemb. Arch. Bd. 12 S. 40. Anders im Preuß. Recht. Nach A.L.R. II. 2 § 212a wird ein großjähriger Sohn, der ein eignes Gewerbe treibt, als

Digitized by Google

Die vorstehenden Rechtssätze dürfen zwar gemeinrechtliche Geltung beanspruchen, haben aber in den Partikularrechten, und zwar auch in denen, die auf dem Boden des gemeinen Rechts stehen, mannigfache Aenderungen erfahren.[30] Vielfach wird der minderjährige Kaufmann in Bezug auf die Geschäfte seines Handelsgewerbes für großjährig erachtet, oder es wird ihm doch die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit abgesprochen. Ebenso gilt der Betrieb eines Handelsgewerbes häufig als Aufhebungsgrund der väterlichen Gewalt. Diese Wirkungen treten bisweilen in Folge der bloßen Thatsache des Handelsbetriebs ein; häufig sind noch weitere Erfordernisse hierfür aufgestellt. Eine einheitliche Entwicklung läßt sich indeß in dieser Hinsicht nicht darthun.

Zusatz. I. Zum Verständniß der am Schluß d. §. angedeuteten partikularrechtlichen Abweichungen wie auch der fremden Gesetzgebungen ist es von Wichtigkeit, sich die eigenthümliche dogmengeschichtliche Entwicklung gegenwärtig zu halten, welche die Lehre vom minderjährigen Kaufmann durchgemacht hat. Von der Glosse bis auf Stracha lassen sich innerhalb dieser Entwicklung drei Abschnitte unterscheiden: a) Ihren Ausgangspunkt bildet L. 1 pr. C. qui et adv. quos (2. 41): In consilio quidem cognoscentis de restitutione in integrum esse oportet, num is qui se minorem annis laesum esse dicat, diligens paterfamilias fuerit actibusque publicis industrium se docuerit, ut eum per aetatem lapsum versimile non sit. Der Sinn dieser Stelle ist offenbar, daß, wenn ein Minderjähriger sich anderweit als diligens paterfamilias oder in öffentlichen Angelegenheiten industrius bewährt hat, ihm die Restitution zwar nicht unbedingt versagt, aber doch, weil eine Läsion in Folge der Minderjährigkeit nicht wahrscheinlich ist, schwerer als sonst gewährt werden soll. Von dieser Auffassung geht auch die Glosse aus, die nur insofern irrt, als sie die Bedeutung der obigen Bestimmung auf das prozessualische Gebiet verlegt und demgemäß in den gedachten Fällen vollständigen Beweis der Läsion unter Ausschluß des Erfüllungseides

---

aus der väterlichen Gewalt entlassen betrachtet. Dieselbe Wirkung tritt nach § 218 auch bei minderjährigen Haussöhnen ein, die über 20 Jahr alt sind, wenn der Vater in den Gewerbebetrieb derselben ausdrücklich oder stillschweigend gewilligt hat. Streitig ist, ob nicht auch bei großjährigen Söhnen mindestens Kenntniß des Vaters vom Beginn des Gewerbebetriebs und ein Geschehenlassen desselben erforderlich ist, verneinend O.Trib. Berl. 65 (Striethorst 58 S. 117), bejahend R. 3. 74 (358); 4. 80 (388), vgl. auch 7. 3 (26); 11. 24 (56); 11. 59 (180); 12. 89 (271); 13. 63 (178); 14. 70 (214). Bei minderjährigen Haussöhnen hatte nach dem L.R. die Entlassung, die hier überhaupt erst nach zurückgelegtem 20. Lebensjahr statthaft ist, immer zugleich die Wirkung der Großjährigkeitserklärung, § 216 a. a. O., der indeß durch die Vorm.Ordn. vom 5. Juli 1875 beseitigt ist, s. Zus. am Schluß d. §. Auf Töchter finden die vorstehenden Bestimmungen keine Anwendung.

[30]) Hierüber Zus. am Schluß d. §.

Digitized by Google

fordert. Schon früh muß aber eine andere Auslegung hervorgetreten sein, welche, wenn actus publici seitens des Minderjährigen vorlagen, die Restitution schlechthin als unstatthaft betrachtete, Glossa ad h. l. v. docuerit: ut enim Irnerius dicit, non actus publici sed industria per eos probata excludit a restitutione. Die Glosse selbst scheint diese Ansicht an einer andern Stelle zu billigen; zu der überhaupt nicht von der Restitution handelnden L. 6 C. de muner. patrim. (10. 42): Professio et desiderium tuum inter se discrepant bemerkt sie: hoc potest dici doctori legum petenti resti. in int. — b) Die zuletzt angef. Bemerkung führt ebenso wie die von Irnerius zurückgewiesene Auffassung der L. 1 cit. zu einer vollständigen, nicht blos auf gewisse Geschäfte beschränkten Ausschließung der Restitution. Dagegen vertraten die Ultramontani, an deren Spitze Petrus de Bellapertica stand (v. Savigny, Geschichte des Röm. Rechts im M.A. Bd. 6 S. 26), bei Auslegung der L. 1 cit. die Ansicht, daß bei jedem öffentlich approbirten Beruf die Restitution in Bezug auf die Berufsgeschäfte ausgeschlossen sei. Längere Zeit scheint in dieser Hinsicht ein traditioneller Gegensatz der Rechtsschulen bestanden zu haben, Baldus ad h. l. Duobus modis legitur, uno modo sec. glossam, alio modo sec. Ultramon. — Die Interpretation des Petrus wird nach Cinus von Paulus de Castro, wie folgt, wiedergegeben: Petrus de Bellapert. alio modo intelligit hanc legem, videlicet quod si minor petit se restitui in eo quod fuit publice approbatus, non debet audiri, etiamsi probat lesionem. So z. B. wenn ein Doctor juris sich restituiren lassen wollte, nam non potest dicere se lesum si non fecit illud, in quo tamquam idoneus fuit approbatus. Et idem esset si aliquis minor fuit effectus notarius vel positus in matricula mercatorum vel notariorum tamquam idoneus mercator vel notarius et postea peteret se restitui in actu mercantiae vel notariatus. Anhänger dieser Ansicht waren u. A. Cinus, Paulus de Castro, Bartolus. — c) Einen Schritt weiter ging Stracha, der in ausführlicher Erörterung (de mercat. III. 26) den minderjährigen Kaufmann nicht nur hinsichtlich der Unzulässigkeit der Restitution, sondern überhaupt in Bezug auf seinen Handelsbetrieb dem für großjährig Erklärten gleichstellte, ja ihm darüber hinaus die Befugniß zur Verpfändung von Grundstücken gab. Auch Stracha setzte dabei voraus, daß der Minderjährige ein mercator publice approbatus sei.

Die Doctrin des Stracha hat zunächst in den italienischen Statuten gesetzliche Anerkennung erlangt. Als approbatio galt die Aufnahme in die Handelsmatrikel bezw. die Zulassung zur Kaufmannsgilde, wozu regelmäßig ein bestimmtes, wenn auch die Großjährigkeit nicht erreichendes, so doch über die Pubertät hinausgehendes Alter erforderlich war; so in Genua das Alter von 16 Jahren, in Bologna das vollendete 20. Lebensjahr (Stat. comm. Jan. Venet. 1567 Lib. 4 c. 46; Stat. civ. Bonon. 1735, R. 90 § 10).

Auf demselben Standpunkt steht die ältere französische Gesetzgebung; Ord. de 1673 tit. 1 art. 6: Tous négociants et marchands seront réputés majeurs pour le fait de leur commerce, sans qu'ils puissent être réstitués sous prétexte de minorité. Zur Kaufmannseigenschaft gehörte in den Städten, in denen Kaufmannsgilden (maitrises de marchands) bestanden, Gewinnung der Gilde, die wiederum durch das Alter von 20 Jahren bedingt war. Wo keine maitrises existirten, genügte dagegen die bloße Thatsache des Handelsbetriebs und hier fehlte es auch an dem Erforderniß eines bestimmten Alters. Das Projét von 1801,

welches sich das Prinzip der Ord. ebenfalls angeeignet hat, aber die maitrises nicht mehr kennt, läßt demnach die obige Wirkung allgemein als Folge eines notorischen Handelsbetriebs eintreten (art. 2). Die Jurisprudenz nahm übrigens in Folge des Handelsbetriebs nicht blos Gleichstellung der Minderjährigen mit den Großjährigen, sondern auch Ausscheiden aus der väterlichen Gewalt an und versagte, abweichend von Co. 114, bei Wechselverbindlichkeiten auch den nicht handeltreibenden Minderjährigen die Restitution, Bornier Confér. II. p. 448, 605, 636.

In Deutschland hat sich unsere Lehre lediglich innerhalb der Partikularrechte entwickelt; ein vom römischen abweichendes gemeines Gewohnheitsrecht ist bezüglich derselben bei uns nicht nachweisbar. Zwar wird in der deutschen Rechtsliteratur der Satz, daß der minderjährige Handels- oder Gewerbsmann in den Angelegenheiten seines Gewerbebetriebs als großjährig anzusehen sei („Handel macht mündig") oder der Restitution entbehre, vielfach als gemeinrechtlich hingestellt. Indeß zeigen schon die oben Anm. 22 angef. Entscheidungen, daß derselbe weder in der einen noch in der andern Fassung zu allgemeiner Anerkennung gelangt ist. Zudem ergiebt sich, daß die Vertreter dieses Satzes in Bezug auf die Voraussetzungen desselben keineswegs einig sind. Während bisweilen, wie z. B. in mehreren der nachstehend angef. Wechselgesetze, der Handelsbetrieb der Minderjährigen als ein fälschliches Vorgeben der Großjährigkeit (Cod. si minor se majorem dixerit 2. 43) betrachtet wird, ist von anderer Seite deducirt worden, der Staat würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn er einerseits dem Minderjährigen den Handelsbetrieb gestatten, andererseits ihm in Betreff seiner Handelsgeschäfte die Rechte der Minorennen einräumen wollte, so Weber natürl. Verbindlichk. § 64 [7]; Glück Bd. 5 S. 548. Neuerdings pflegt man sich auf die Analogie von L. 1 C. de his qui ven. (2. 45) zu berufen, vgl. z. B. Puchta Pand. § 103 [k]; Windscheid § 117 [4]; Mandry civilr. Inh. der Reichsges. S. 12 und im Württemb. Arch. Bd. 12 S. 28 ff., Bd. 16 S. 127. Nach der ersten Auffassung müßte die bloße Thatsache des Gewerbebetriebs ausreichen, vom Standpunkt der beiden andern ist eine obrigkeitliche Autorisation des Minderjährigen erforderlich. Darüber aber, von wem die Autorisation auszugehen habe, ob von der Vormundschafts- oder der den Gewerbebetrieb beaufsichtigenden politischen Behörde, wie oder unter welchen Bedingungen sie zu ertheilen sei, ist kein Einverständniß vorhanden, ebensowenig darüber, wie der Handelsbetrieb auf ein bestehendes Gewaltverhältniß einwirkt. Diejenigen, die eine Ermächtigung oder Concession der politischen Behörde verlangen, müssen nach der Reichs-Gew.-O. die obigen Rechtssätze consequenter Weise für gegenstandslos halten, so auch Mandry a. a. O. — Thöl § 41 scheint den Consens des Vormunds allein für ausreichend zu erachten, dürfte aber mit dieser Ansicht, was das gemeine Recht anlangt, ziemlich vereinzelt dastehen.

Eine Bestätigung dieses negativen Ergebnisses liefern die älteren Wechselordnungen, die insofern hierher gehören, als sie Bestimmungen über die Wechselfähigkeit oder allgemein über die Geschäftsfähigkeit der minderjährigen Kaufleute enthalten. Die in Meißner's Wechselcodex Band I mitgetheilten Gesetze lassen sich in dieser Hinsicht, wie folgt, gruppiren: 1) Eine Anzahl derselben erklärt die Minderjährigen, sofern sie nicht venia aetatis erlangt haben, schlechthin für wechselunfähig, ohne in Betreff der handeltreibenden Minderjährigen eine Ausnahme zu machen, so Bayern 1785 § 3 A (Meißner S. 186); Hessen-Hanau 1737 Art. II (517); Weimar 1819 § 3 Nr. 5 (645); Coburg-Gotha 1830 § 2

Digitized by Google

(698); Altenburg 1750 Cap. IV § 1 (753); Anhalt-Dessau 1822 § 5 (755). — 2) Eine Reihe von Wechselgesetzen erklärt minderjährige Kaufleute unter gewissen Voraussetzungen für wechselfähig oder in Betreff ihres Handelsgewerbes für geschäftsfähig, bezw. für nicht restitutionsfähig. Die Voraussetzungen stimmen in keiner W.O. vollständig mit den übrigen überein. Verlangt wird u. A. Genehmigung des Vormunds oder (und) des Vormundschaftsgerichts, Ermächtigung der politischen Behörde, bestimmtes Alter (18 Jahr für Christen, 15 Jahr für Juden oder allgemein das Alter von 20, 21 Jahren); kündbarer oder länger andauernder Betrieb, Gewinnung der Gilde, des Bürgerrechts, des Incolats. Vielfach werden mehrere dieser Erfordernisse mit einander combinirt. Hierher gehören Oesterreich 1763 Art. VII (Meißner S. 9); Hannover 1822 § 3 (425); Kurpfalz 1726 Art. VIII (490) Braunschweig 1750 Art. 5 (577); Anhalt 1802 Art. 3 (808); Bremen 1712 Art. 61 (906). Hamburg 1732 Nr. 1 (920). — 3) Verschiedene Wechselordnungen erklären die Wechsel handeltreibender Minderjähriger ohne Weiteres für gültig oder diese für nicht restitutionsfähig, so Augsburg 1778 Kap. 1 § 2 (Meißner S. 224); Leipzig 1682 § 2 (281); Oberlausitz 1776 § 2.b (393); Jevern 1725 § 2 (766); Schwarzb.-Rudolstadt 1755 § 13 (844); Frankfurt 1739 § 9 (858).

Es liegt wohl auf der Hand, daß, wenn in der That ein gemeines Gewohnheitsrecht bezüglich des Handelsbetriebs Minderjähriger vorhanden gewesen wäre, auch die Partikularrechte sich übereinstimmender gestaltet haben würden. Die Buntheit des Rechtszustandes, die sich aus den angef. Gesetzen ergiebt, wurde überdies noch erheblich gesteigert durch die mannigfachen Verschiedenheiten in Betreff des Volljährigkeitstermins.

(Von den deutschen Codificationen enthielt nur das Allg. L.R. unmittelbar hierher gehörige Bestimmungen, oben Anm. 6, 23, 29.

II. Der Mangel einer einheitlichen Rechtsbildung hat auch verschuldet, daß im H.G.B. vom minderjährigen Kaufmann nicht die Rede ist. Nach Er. 11 sollte „in Betreff der Handelsgeschäfte eines Kaufmanns" keine Restitution wegen Minderjährigkeit stattfinden. Wie sich aus den Motiven ergiebt, war bei der Abfassung dieses Entwurfes der Versuch gemacht worden, auch die Voraussetzungen für den Handelsbetrieb Minderjähriger sowie den Umfang der in solchen Fällen zustehenden Dispositionsbefugniß festzustellen, indeß wegen der Verschiedenheit der Partikularrechte erfolglos geblieben. In Pr. findet sich keine entsprechende Vorschrift, der in 1. Les. gestellte Antrag auf Wiedereinschaltung einer solchen wurde abgelehnt, ein zur 3. Les. von Baden und Mecklenburg gestelltes Monitum in gleicher Richtung kam nicht zur Berathung. (Zusammenstell. Nr. 8. Für die Aufnahme einer derartigen Bestimmung hatten sich Goldschmidt Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 4 S. 121 und Anschütz krit. Viertelj.schr. Bd. 1 S. 161 ausgesprochen. — Von den übrigen Entwürfen vgl. Om. 6; Or. 10; W. 5[2]).

Ein ähnliches Schicksal hat unsere Lehre bei den Berathungen der Dresdener Commission zum Entwurf eines gemeinsamen Obligationenrechts gehabt. Der erste Entw. derselben enthielt im Art. 24 die Bestimmung: „Minderjährige, welche ein Gewerbe, eine Kunst oder die Landwirthschaft selbständig auf eigne Rechnung betreiben, werden durch Verträge, welche diesen Geschäftszweig betreffen, verpflichtet, ausgenommen wenn ihnen der fragliche Geschäftsbetrieb von ihrem Vater oder Vormund untersagt wird und dies dem andern vertragsschließenden

Digitized by Google

Theil zur Zeit der Schließung des Vertrages bekannt war." In 2. Les. wurde dieser Art. indeß wieder gestrichen, ohne durch einen anderen ersetzt zu werden, weil man sich nach längerer Diskussion überzeugte, daß kein Einverständniß zu erzielen sei, Prot. S. 3870 ff.

Ebenso ist bei der Berathung der Reichsgew.O. sowohl der § 10 des Reg.-Entw.'s, der die Befugniß zum selbständigen Gewerbebetrieb von der Dispositionsbefugniß abhängig machte, wie ein Antrag, die Bedingungen für den Gewerbebetrieb Minderjähriger zu regeln, zugleich aber den gewerbtreibenden Minderjährigen innerhalb seines Gewerbebetriebs den Volljährigen gleichzustellen, abgelehnt worden. (Reichstagsverh. 1869 Bd. I S. 259 ff.)

III. Geltende außerdeutsche Gesetzgebungen. — 1) Nach heutigem französischen Recht ist Minderjährigen der Handelsbetrieb unter einer vierfachen Voraussetzung gestattet, sie müssen 18 Jahr alt, emancipirt, zum Betrieb des Handelsgewerbes autorisirt sein, die Autorisation muß bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk sie sich niederlassen wollen, durch Registrirung und Anschlag veröffentlicht sein, Co. 2. Diese Erfordernisse gelten für alle Minderjährige ohne Unterschied des Geschlechts und müssen erfüllt sein, bevor der Minderjährige seine Handelsgeschäfte beginnt. Emancipation*) und Autorisation geschehen durch den Vater; wenn dieser verstorben oder rechtlich behindert ist, durch die Mutter; in Ermangelung beider durch den Familienrath. Bei Verheirathung eines (oder einer) Minderjährigen tritt ipso jure Emancipation ein, Code civil 476 ss. Die Autorisation zum Handelsbetrieb muß gerichtlich, und zwar durch das für den Minderjährigen zuständige Civilgericht bestätigt werden, Co. 2. Ist den vorstehenden Anforderungen genügt, so gilt der Minderjährige in den Angelegenheiten seines Gewerbebetriebs als großjährig (Code civil 487) und hat insoweit auch Disposition über seine Grundstücke, kann dieselben mithin für Handelsschulden verpfänden, veräußern dagegen nur gemäß Code civil 457 ss. unter Zustimmung des Familienraths, Co. 6. Restitution ist ihm in Bezug auf seine Handelsgeschäfte ausdrücklich versagt, Code civil 1308. Minderjährige, die Handel treiben, ohne die Befugniß hierzu erlangt zu haben, gelten nicht als Kaufleute. Die Bestimmungen, welche das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft voraussetzen, finden auf sie keine Anwendung, insbesondere sind sie weder der Zuständigkeit der Handelsgerichte, noch dem Faillitverfahren unterworfen. — Nach Co. 3 können Minderjährige in gleicher Weise wie zum Betrieb eines Handelsgewerbes auch zu einzelnen Handelsgeschäften ermächtigt werden.

In der französischen Jurisprudenz besteht in Bezug auf die vorstehenden Bestimmungen eine nicht unbeträchtliche Zahl von Controversen, die z. Th. in den dem Co. nachgebildeten Gesetzbüchern zu ergänzenden Bestimmungen Veranlassung gegeben haben. Solche Streitfragen sind namentlich, ob auch der Vormund im Namen des Minderjährigen ein Handelsgewerbe betreiben darf, ob und unter welchen Voraussetzungen die dem Minderjährigen ertheilte Autorisation wieder zurückgenommen werden kann, ob die Ermächtigung zum Handelsbetrieb auch die Befugniß zur Eingehung von Handelsgesellschaften in sich schließt, ob insbesondere

*) Die Emancipation des französischen Rechts hat eine andere Bedeutung als die des römischen Rechts, sie findet auch auf gewaltfreie Minderjährige Anwendung und verleiht denselben eine beschränkte Geschäftsfähigkeit, Code civil 476 ss.

Digitized by Google

der Vater, der die Ermächtigung ertheilt hat, einen Societätsvertrag mit dem Sohn abschließen kann, ob in Betreff der einzelnen Geschäfte des minderjährigen Kaufmannes die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe zu präsumiren ist.

2) Italien Art. 4—6 und 10 und Belgien Tit. 1 Art. 4—8 stimmen im Ganzen mit dem Co. überein. Hauptabweichungen sind: a) Beide sehen von der gerichtlichen Bestätigung der Autorisation dann ab, wenn dieselbe vom Vater oder von der Mutter ertheilt wird, verlangen aber dafür in diesem Fall eine bestimmte Form der Erklärung (vor dem Friedensrichter: Ital., vor dem Friedensrichter, einem Notar oder dem Gerichtsschreiber des Handelsgerichts: Belg.). — b) Die Veröffentlichung der Autorisation erfolgt in Belg. nicht durch Anschlag, sondern lediglich durch Eintragung in ein bei den Handelsgerichten zu führendes öffentliches Register; Italien hat den französischen Publicationsmodus beibehalten, fordert die Veröffentlichung aber auch in Betreff der Emancipation und schreibt vor (was übrigens auch in Frankreich praktisch beobachtet wird), daß der öffentliche Aushang ein Jahr lang affigirt bleiben soll. — c) Beide Gesetzbücher lassen einen Widerruf der Autorisation zu. Belgien verlangt hierzu immer einen Beschluß des zuständigen Civilgerichts, Italien dann, wenn der Minderjährige den Handelsbetrieb bereits begonnen hat. Vor der Beschlußnahme des Gerichts ist der Minderjährige, in Belgien auch das öffentliche Ministerium zu hören. Der Widerruf wird in gleicher Weise wie die Autorisation selbst publicirt. — d) Belgien 8 bestimmt, daß ein Handelsbetrieb im Namen des Minderjährigen zulässig ist, wenn es sich um die Fortsetzung eines ererbten Handelsgeschäftes (commerce des parents) handelt. Erforderlich ist hierzu ein gerichtlich bestätigter Beschluß des Familienraths, der — ebenfalls mit Genehmigung des Gerichts — jederzeit wieder aufgehoben werden kann. Mit der Führung des Geschäfts kann der Vormund oder unter seiner Controle ein besonderer Vertreter beauftragt werden.

3) Im holländischen Recht ist sedes materiae nicht das H.G.B., sondern das B.G.B. 480 ff. Ein Minderjähriger, der 18 Jahr alt ist, kann in beschränktem Umfang für großjährig erklärt werden.*) Eine derartige beschränkte Großjährigkeitserklärung ist namentlich zum Behuf eines Fabrik- oder Handelsbetriebs zulässig. Sie erfolgt durch den Vater oder in dessen Ermangelung durch die Mutter mittelst einer Erklärung vor dem Kantonrichter; wenn beide Eltern verstorben sind, durch den letzteren nach Anhörung von Vormund und Gegenvormund sowie der Verwandten des Minderjährigen. Die Wirkung ist, daß der Minderjährige sich in Bezug auf seinen Geschäftsbetrieb gleich einem Großjährigen verbindlich machen kann, dagegen steht ihm die Befugniß zur Veräußerung und Verpfändung von Immobilien nicht zu. Im Fall eines Mißbrauchs kann die Großjährigkeitserklärung durch Beschluß des Bezirksgerichts zurückgenommen werden. Die Veröffentlichung sowohl der Großjährigkeitserklärung wie ihres Widerrufs geschieht durch Bekanntmachung in der Staatszeitung (officiële dagblad) und in einem am Wohnort des Minderjährigen oder dem nächstgelegenen Ort erscheinenden Blatt. — Von einem Handelsbetrieb für den Minderjährigen ist

*) Die eigentliche Großjährigkeitserklärung, die durch den König nach Anhörung des hohen Rathes ertheilt wird, fordert das Alter von 20 Jahren, B.G.B. 385, 473 ff.

Digitized by Google

nur insofern die Rede, als nach B.G.B. 466 der überlebende Ehegatte, wenn die Ehe eine gütergemeinschaftliche gewesen war, ermächtigt werden kann, das etwa vorhandene Handels- oder Fabrikgeschäft gemeinschaftlich mit den minderjährigen Kindern fortzusetzen.

4) Spanien 4*) spricht merkwürdiger Weise nur von minderjährigem Haussohn (hijo de familias). Demselben ist der Handelsbetrieb nach Vollendung des 20. Lebensjahres gestattet, wenn er a) emancipirt, b) im Besitz eigenen Vermögens ist, c) nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Ermächtigung zur selbstständigen Vermögensverwaltung erhalten, d) eidlich auf die Rechtswohlthat der Restitution hinsichtlich seiner Handelsgeschäfte verzichtet hat. Nach dem Commentar von de la Serna findet diese Bestimmung auf gewaltfreie Minderjährige analoge Anwendung. Außer derselben gehört nur noch hierher Art. 76: Minderjährige können, selbst wenn sie emancipirt sind, nicht Handelsmäkler sein, und Art. 346, der die Vormünder und Curatoren ermächtigt, die Interessen ihrer Pflegebefohlnen bei der Liquidation von Handelsgesellschaften wahrzunehmen und hierbei Namens derselben verbindliche, der Restitution nicht unterworfene Erklärungen abzugeben.

5) Das portug. H.G.B. regelt unseren Gegenstand durch sehr ausführliche, allerdings gr. Th. aus anderen Gesetzbüchern, bezw. aus der fremdländischen Literatur compilirte Vorschriften. Hervorzuheben ist Folgendes: Großjährige, die mit Wissen und Einspruch des Vaters einen Handelsbetrieb beginnen, scheiden aus der väterlichen Gewalt (Art. 14). Für den Handelsbetrieb Minderjähriger ist das Alter von 18 Jahren erforderlich, im Uebrigen gelten dieselben Erfordernisse wie nach span. Recht mit der Modification, daß der Verzicht auf die Wiedereinsetzung nicht eidlich erklärt zu werden braucht (15). Die Emancipation, die zugleich die Ermächtigung zum Handelsbetrieb enthalten muß, erfolgt durch den Vater, die Mutter oder den Vormund, sie bedarf gerichtlicher Bestätigung sowie der Eintragung und Veröffentlichung durch das Handelsgericht (15). Nur ein gehörig emancipirter Minderjähriger kann in die Handelsmatrikel aufgenommen werden (5). Unter den vorstehenden Voraussetzungen gilt der Minderjährige in Bezug auf seinen Handelsbetrieb für großjährig und als sui juris (17). Er kann seine Grundstücke für seine Handelsschulden verpfänden (nicht veräußern). Der Beweis, daß die der Verpfändung zu Grunde liegende Schuld eine Handelsschuld sei, liegt aber dem Gläubiger ob (25). Die Befugniß zum Handelsbetrieb schließt auch die Befugniß zur Eingehung von Societätsverträgen in sich (arg. Art. 621). Nicht handeltreibende Minderjährige können am Gewinn eines Gesellschaftsunternehmens betheiligt sein, haben dagegen in Betreff der Verluste Anspruch auf Restitution (622). Bestimmungen über Handelsgesellschaften zwischen Vater und Sohn: Art. 623—626.

6) Ungarn 6 verweist auf das Gewerbeges. von 1872; über letzteres s. Z. 22. 210.

Großjährigkeitstermin ist in Frankreich, Belgien und Italien das vollendete 21., in Holland das vollendete 23., in Spanien und Portugal das vollendete 25., in Ungarn bei Männern das vollendete 24., bei Personen weiblichen Geschlechts das vollendete 16. Lebensjahr (Puß Ungar. Privatr. S. 72.)

---

*) Ueber das Erforderniß der Geschäftsfähigkeit als allgemeine Bedingung des Handelsbetriebes nach span. und port. Recht s. oben S. 154.

Digitized by Google

IV. Die Lücke des H.G.B.'s ist zum Theil in den Einführungsgesetzen ausgefüllt. Hervorzuheben sind: 1) die auf Gebiete des französischen Rechts bezüglichen — Preußen 37, 38 (antiquirt, s. zu V); Baiern 4²; Großh. Hessen 24, 25 (Hessen-Homburg 22, 23); Oldenburg 6; Baden 2, 3; Elsaß-Lothringen 8 —, in denen die betreffenden Artikel des Co., theilweise mit Modificationen, aufrecht erhalten werden. Unter letzteren ist am wichtigsten Art. 2¹ des badischen E.G.'s, welcher den zum Handelsbetrieb autorisirten Minderjährigen auch die Veräußerung von Liegenschaften ohne Einschränkung gestattet. 2) die auf das Gebiet des Allg. L.R.'s bezügliche, die Fortsetzung eines Handelsbetriebs für den Minderjährigen betreffende, durch die neuere Gesetzgebung indeß unanwendbar gewordene Bestimmung des Preuß. E.G.'s 21; 3) ausschließlich oder vorzugsweise auf gemeinrechtliche Gebiete bezügliche Bestimmungen. Bemerkenswerth ist, daß auch diese nicht unerheblich unter einander differiren. Die beiden Mecklenburg. E.G. § 7, verweisen hinsichtlich der Fähigkeit Minderjähriger, sich durch Handelsgeschäfte zu verpflichten, lediglich auf das bestehende Recht und beschränken sich darauf zu bestimmen, daß, „wenn Vormundschaften für Minderjährige Handelsgeschäfte betreiben", gegen die letzteren keine Berufung auf die Rechtswohlthaten der Minderjährigen zulässig sei. Hannover 7 und Hessen-Darmstadt 22 (Hessen-Homburg 20) schließen in verschiedener Fassung, aber dem Inhalt nach übereinstimmend, die Restitution in Bezug auf die Handelsgeschäfte des minderjährigen Kaufmannes aus. Von anderen Begünstigungen und Sonderbestimmungen in Betreff der Minderjährigen ist nicht die Rede, dagegen findet die obige Vorschrift nach dem Wortlaut der cit. Gesetze sowohl dann Anwendung, wenn der Minderjährige selbst dem Handelsgewerbe vorsteht, wie wenn er die Kaufmannseigenschaft der Thätigkeit eines Vertreters verdankt. Ausdrücklich geschieht beider Fälle Erwähnung in Württemberg 7, wo übrigens neben den Minderjährigen auch „andere gesetzlich begünstigte Personen" genannt und allgemein die Rechtswohlthaten dieser Personen sowie die in Betreff derselben geltenden Veräußerungsbeschränkungen für unanwendbar erklärt werden. (Hierzu Mandry civilr. Inh. S. 14.) Baiern 7 stellt die zum Handelsbetrieb befugten Minderjährigen rücksichtlich desselben den Großjährigen gleich. In Bezug auf die Frage, wann die Befugniß anzunehmen sei, wird auf das bürgerliche Recht verwiesen.

V. Ein Hauptübelstand für den Handelsverkehr ist durch das Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 beseitigt, welches für das ganze Deutsche Reich das vollendete 21. Lebensjahr als Großjährigkeitstermin festsetzt. Bekanntlich galt dieser Termin schon früher in einer Reihe deutscher Staaten, insbesondere auch in Preußen für den ganzen Umfang der Monarchie seit dem Gesetz vom 9. Dezember 1869. Hier sind demnächst durch die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 und durch das mit derselben in Verbindung stehende Gesetz vom 12. Juli 1875, betr. die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen, die Grundsätze über den Handels- und Gewerbebetrieb der letzteren durchgreifend und einheitlich für das gesammte Preußische Staatsgebiet geregelt worden. An dieser Stelle ist aus denselben Folgendes hervorzuheben: 1) Dem Vormund ist die Fortsetzung eines Handelsgeschäftes für den Pflegebefohlenen ohne Weiteres gestattet, dagegen ist obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich zur Veränderung, Auflösung, Neubegründung oder Uebernahme eines Erwerbsgeschäfts. V.O. § 42 Nr. 9. Bevor die Auflösung beschlossen wird, ist der über 18 Jahr alte Pflegebefohlene zu hören; V.O. § 55 Abs. 3, 4.

Digitized by Google

Weder die dem Vormund gesetzlich zustehende noch die mittelst obervormundschaftlicher Genehmigung ihm ertheilte Ermächtigung reicht aber für alle Geschäfte des Handelsgewerbes aus. Zu gewissen Handlungen bedarf es noch außerdem gerichtlicher Autorisation, zu andern der Zustimmung des Gegenvormunds. Erstere ist abgesehen von einer Reihe von Verträgen über Immobilien erforderlich insbesondere zum Abschluß von erheblichen Vergleichen (über unschätzbare oder einen Werth von 300 Mark übersteigende Objekte), zur Eingehung von Wechselverpflichtungen, zur Ertheilung einer Prokura, zur Uebernahme fremder Verbindlichkeiten. Eine generelle Ermächtigung ist nur Behufs der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten statthaft, in allen übrigen Fällen muß die Genehmigung speciell mit Bezug auf das einzelne Geschäft ertheilt werden, V.O. § 42 Nr. 8, 10—13, § 45). Der Zustimmung des Gegenvormunds, die aber auch durch Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden kann, bedarf es zur Veräußerung von Werthpapieren, zur Abtretung, Einziehung oder Verpfändung nicht bei der Sparkasse belegter Kapitalien, zur Aufgabe oder Minderung der für eine Forderung bestellten Sicherheit; V.O. § 41. Ein ohne die gesetzlich erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormunds abgeschlossenes Rechtsgeschäft wird so angesehen, als wenn ein Minderjähriger über sieben Jahr ohne vormundschaftlichen Consens gehandelt hätte, V.O. 46. Von dem Erforderniß der obervormundschaftlichen Genehmigung kann der Vormund durch den Vater befreit werden, V.O. 47. — Die vorstehenden Bestimmungen finden auch bei Vormundschaften über Großjährige sowie bei Pflegschaften entsprechende Anwendung, nur daß bei letzteren keine Bestellung eines Gegenvormundes stattfindet, V.O. § 83[3], 91. — 2) Einem Minderjährigen, der das siebente Lebensjahr überschritten hat, kann vom Vater oder unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vom Vormund der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gestattet werden. Derselbe wird hierdurch zur selbständigen Vornahme der Rechtsgeschäfte befähigt, welche der Betrieb des Erwerbsgeschäftes mit sich bringt, bedarf aber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in all den Fällen, in denen der Vater oder Vormund zu ihrer Einholung verbunden ist. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit in Bezug auf Rechtsgeschäfte sowie die Emancipation des französischen Rechts sind aufgehoben (Ges. v. 12. Juli 1875 §§ 5, 9). — 3) Die Großjährigkeitserklärung, die für Personen beiderlei Geschlechts mit vollendetem 18. Lebensjahr statthaft ist, verleiht alle Rechte der Großjährigen, auch in Bezug auf die Veräußerung und Belastung von Grundstücken. Beschränkungen dieser Wirkung sind unstatthaft, V.O. §§ 61, 97, 98. Die Großjährigkeitserklärung, die nach Allg. L.R. II. 2 § 215 ipso jure mit der Gewaltsentlassung eines zwanzigjährigen Haussohnes verbunden war, ist stillschweigend beseitigt. (Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 3 S. 143.)

§ 34.

Handelsfrau. [1])

Handelsfrau oder Kauffrau (femina mercatrix) heißt jede Person weiblichen Geschlechts, die gewerbmäßig Handelsgeschäfte treibt. [2])

---

[1]) Martens, Heise, Morstadt § 12; Mittermaier D. Privatr. § 536; Heise u. Cropp Jur. Abh. I Nr. 1, 2; — Thöl § 42 und 45; Endemann

Digitized by Google

Die Berechtigung hierzu steht Frauen unter denselben Voraussetzungen zu wie Männern,[3]) ebenso sind die allgemeinen Bedingungen der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit, insoweit nicht bei verheiratheten Frauen die Abhängigkeit vom Ehemann in Betracht kommt, für beide Geschlechter im Wesentlichen die gleichen.[4]) — Wann ein

---

§ 23; Gareis § 16; — v. Hahn, v. Völdernd. zu Art. 6—9; — Mandry civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze S. 17 ff. — Pard. I No. 63—71; Bédarr. I No. 100—154, 182—195; Massé II No. 1104—1142; Lyon I No. 177—200; Namur I No. 150—176; Vidari I No. 141—156; de Wal I bl. 59; Kist beginselen I (1869) bl. 57.

[2]) Definition der Kauffrauen im älteren lübischen Recht: que habent kopschat et solent emere et vendere; deutsch: de gene de kopschat hebben unde kopen unde verkopen (Hach I 21, II 96). Ausführlicher rev. lüb. Recht III 6. 21: „Eine Kauf-Frau ist, welche aus- und einkaufft, offene Laden und Fenster hält, mit Gewicht, Wage, Maß und Ellen aus- und einwäget und misset." Hierzu namentlich Mevius Comm. ad h. l., Marquard de j. mercat. I 12. Aehnlich Nov. Const. Elect. Saxon. 2. 15: „Weibspersonen, so zu handtieren pflegen mit Kauffen und Verkauffen in Krähmen und anderen Waaren." Das Erforderniß der Oeffentlichkeit, welches in der Definition des lüb. Rechts enthalten ist, findet sich auch sonst mehrfach in deutschen Gesetzen, vgl. z. B. Württemb. W.O. von 1759 § 6; Cöthensche W.O. von 1802 Art. 8 (Meißner I S. 455, 810); vorzugsweise aber wird dasselbe von den italienischen und französischen Juristen betont, daher die in Frankreich von jeher übliche, auch in den Co. übergegangene Bezeichnung der Handelsfrau als marchande publique. Die Bedeutung dieser Bezeichnung ist, daß die Frau dem Publikum als Handelsfrau gegenübertreten muß, um rechtlich als solche zu gelten.

[3]) R.Gew.O. § 11 (zu dieser Bestimmung vgl. auch Anm. 10 und § 35 Anm. 14). Eine Begünstigung der den Gewerbebetrieb des verstorbenen Ehemannes fortsetzenden Wittwe enthält § 46 ebendas. Daß Frauen gleich Männern zum Handelsbetrieb berechtigt seien, galt schon vor dem H.G.B. als Regel. Ueber Beschränkungen des älteren Rechts, namentlich mit Rücksicht auf die Zünftigkeit des Handels Mevius l. c. No. 43, Heise S. 22; Thöl 4. Aufl. § 17 a. E., Endemann Z. 5 S. 342, 378. — Das lübische Recht kannte eine Bestätigung der Handelsfrauen durch das Obergericht auf Grund einer eidlichen Bezeugung zweier glaubwürdiger Männer, daß die Frau die Fähigkeit besitze, ihrem Handel und Gewerbe vorzustehen. Dieses s. g. Einzeugen der Handelsfrauen war zwar nicht zur Begründung der Kaufmannseigenschaft, wohl aber zur Herstellung eines liquiden Beweises für das Vorhandensein derselben, sowie zur Erlangung der Testamentsfactio dienlich, vgl. hierüber Heise u. Cropp, Jur. Abh. I Nr. 2.

[4]) Streitig war nach früherem Recht, ob da, wo Geschlechtsvormundschaft bestand, die Frau zum Betrieb des Handelsgewerbes der Einwilligung des Geschlechtsvormundes bedürfe, oder ob sie durch die Thatsache des Handelsbetriebs aus der Vormundschaft heraustrete; Heise, Morstadt, Brinckmann, Endemann, v. Hahn zu Art. 5 § 10. Die Frage ist schon auf der N. C. für

Digitized by Google

gewerbmäßiger Betrieb anzunehmen ist, ergiebt sich aus den im §. 23 festgestellten Merkmalen.[5]) Handelsfrau ist hiernach nicht blos die Alleininhaberin eines Handelsgeschäfts, sondern auch die offne Gesellschafterin und die Complementarin einer Commanditgesellschaft.[6]) Gleichgültig ist in all diesen Fällen, ob die Frau dem Handelsbetrieb in eigner Person vorsteht oder zur Leitung desselben einen Vertreter (Handlungsbevollmächtigten, Prokuristen) bestellt hat.[7])

Die Handelsfrau gilt als Kaufmann im Sinne des H.G.B.'s.[8])

---

ziemlich unpraktisch erachtet worden, weil das Institut der Geschlechtsvormundschaft nur noch in wenigen Staaten bestehe und überhaupt im Absterben begriffen sei, Prot. 890. Seitdem ist dasselbe abgesehen von der ehemännlichen Vormundschaft ganz aus dem geltenden Recht verschwunden, Roth Privatrecht § 62[6]. Ueber die E.gesetze, die die Geschlechtsvormundschaft in Betreff der Handelsfrauen beseitigt haben, Zus. zu § 35 III.

[5]) Schon Mevius l. c. Nr. 40 weist darauf hin, daß nur die Principalin Handelsfrau ist. Ebenso fordern die meisten älteren Wechselordnungen, daß die Frau „eigne Handlung" oder „Handlung in eignem Namen" betreibe, z. B. Meißner I S. 9, 186, 224, 281, 525, 702. Nicht so correkt ist es, wenn statt dessen Handelsbetrieb für eigne Rechnung verlangt wird, Pr. L.R. II. 8 § 458; Meißner I S. 645, 745; — vgl. auch Z. 11. 122, 123 (Dresden 64, 65); 20. 613 f. (Nürnb. 69); Bu. 19. 264 (Wolfenb. 68).

[6]) Art. 6[3]: Es macht hierbei keinen Unterschied, ob sie (die Frau) das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit Anderen, ob sie dasselbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibt. — So schon Pr. 4. Die Bestimmung ist, was den gemeinschaftlichen Handelsbetrieb der Frau anlangt, wesentlich veranlaßt worden durch Pr. L.R. II. 8 § 495 (Portugal 22). — Die Handelsgesellschafterin ist nach dem H.G.B. unter denselben Voraussetzungen und in demselben Umfang als Handelsfrau anzusehen, wie der Handelsgesellschafter als Kaufmann gilt. Daher ist die Commanditistin nicht Handelsfrau. Noch weniger kann von dieser Eigenschaft die Rede sein, wenn die Frau sich nur als stille Gesellschafterin bei einem Handelsgeschäft betheiligt, oben § 25 Anm. 10, 11 und die das. Angeff.

[7]) So schon die richtige Doktrin vor dem H.G.B. Ut autem ipsa mulier actus mercatorios exerceat, necesse non est, sed per alium mercari potest, Mevius No. 42; Brinckmann § 18 S. 48; Thöl seit der 2. Aufl. s. Lehrb. § 50. Aber auch die entgegengesetzte Ansicht war in verschiedenen Modifikationen vielfach vertreten, Martens § 12; Heise S. 23; Eichhorn § 387 bei g; Mittermeier § 536 VI; Thöl in der ersten Aufl. Gesetzlich anerkannt war dieselbe im Pr. L.R. II. 8 § 491—493 (wörtlich übereinstimmend Port. 20). Schon Er. hielt deshalb eine ausdrückliche Bestimmung für erforderlich. Die Mot. S. 33 bemerken, daß selbst die Fassung der Wechselordnung nicht alle Zweifel ausschließe, ob der Wechselarrest nicht lediglich gegen eine Frau, welche selber Handel treibe, zulässig sei, s. Zus. zu. § 35 II.

[8]) H.G.B. 6[1, 2]: Eine Frau, welche gewerbmäßig Handelsgeschäfte

Digitized by Google

Alle rechtlichen Folgen, die das Gesetz an das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft knüpft, sowohl in Bezug auf den Gewerbebetrieb im Ganzen wie auf die einzelnen demselben angehörigen Rechtsgeschäfte treten mithin auch bei ihr ein.[9]) Nach einem längst vor dem H.G.B. allgemein anerkannten, durch letzteres bestätigten Gewohnheitsrecht kann ferner die Handelsfrau sich nicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten des bürgerlichen Rechts,[10]) insbesondere nicht

---

betreibt (Handelsfrau), hat in dem Handelsbetrieb alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. In Pr. und E. I hieß es: in ihrem Handelsbetrieb. Die in 2. Les. beschlossene Aenderung sollte der irrthümlichen Folgerung vorbeugen, als ob die Handelsfrau blos „mit Rücksicht auf den Geschäftskreis eines gewissen Handelsgewerbes" den Kaufleuten gleichgestellt sei, Prot. 887 f., 1261 ff., vgl § 35 Anm. 22.

[9]) Art. 6 [1] will die Gleichstellung der Handelsfrau mit dem Kaufmann nicht nur für den Bereich des H.G.B.'s, sondern hinsichtlich aller Gesetze aussprechen, die privatrechtliche oder processualische Bestimmungen in Betreff der Kaufleute enthalten, Prot. 15; v. Hahn zu d. Art. § 3.

[10]) Art. 6 [2]: Dieselbe kann sich in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die in den einzelnen Staaten geltenden Rechtswohlthaten der Frauen nicht berufen. Die Worte „in den einzelnen Staaten geltenden" finden sich zuerst in E. II, sie fehlen ganz in Pr.; E. I hat statt dessen: „in den Landesgesetzen bestehenden". — Daraus, daß die Handelsfrau als Kaufmann gilt, würde an sich noch nicht folgen, daß auch die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche besondere Vorschriften zu Gunsten der Frauen enthalten, auf sie keine Anwendung finden, vgl. das in Betreff der Minderjährigen Bemerkte S. 159 f. — Indeß wird der Inhalt des Art. 6 [2] schon frühzeitig als generalis Germaniae consuetudo bezeichnet, Gail observ. 90 No. 4; Mev. decis. VIII No. 453. Ebenso allgemein war die Geltung dieses Satzes außerhalb Deutschlands anerkannt. Neuerdings hat ihn die Reichs-Gewerbe-Ordnung § 11 [2] für alle Gewerbefrauen sanctionirt. — Zu beachten ist hierbei, daß die Fassung der beiden ersten Absätze des Art. 6 [1] nicht vollständig mit einander übereinstimmt. Während nämlich nach Art. 6 [1] die Gleichstellung der Handelsfrau mit dem Kaufmann sich auf alle Angelegenheiten ihres Handelsgewerbes erstreckt, sind ihr die weiblichen Rechtswohlthaten nur „in Betreff ihrer Handelsgeschäfte" versagt. Letztere Fassung ist offenbar enger, da der Handelsbetrieb auch zu Geschäften führen kann, die keine Handelsgeschäfte sind, z. B. zur Veräußerung und Verpfändung von Immobilien. Auf solche Geschäfte würde Art. 6 [1] nicht anwendbar sein. Diese nicht beabsichtigte (Prot. 887 f.) Incongruenz ist durch § 11 [2] der R.Gew.O. beseitigt, der die weiblichen Rechtswohlthaten bei allen „Geschäften aus dem Gewerbebetrieb" ausschließt. Eine Abänderung des H.G.B.'s (oben S. 76 Anm. 13) ist hierin nicht zu finden. Vgl. Mandry civilr. Inhalt S. 20 [4]. — Die älteren handelsrechtlichen Schriftsteller nehmen Gleichstellung der Handelsfrau mit dem Kaufmann in Bezug auf alle zum Handelsbetrieb gehörigen Geschäfte an und gestatten insbesondere der Mehrzahl nach auch die Verpfändung von Immobilien für Handels-

Digitized by Google

auf die Vorschriften über Intercessionen der Frauen berufen.[11]) Das H.G.B. gewährt ihr überdies volle Gerichtsfähigkeit in Handelssachen;[12]) diese Bestimmung ist indeß durch die neuere Gesetzgebung bedeutungslos geworden.[13])

Die Gleichstellung der Handelsfrau mit dem Kaufmann beschränkt sich auf die Angelegenheiten ihres Gewerbebetriebs. Außerhalb desselben kommt ihr die Kaufmannseigenschaft nicht zu. Die Frage, ob ein concretes Geschäft zum Handelsbetrieb gehört, ist nach denselben Regeln wie beim Kaufmann zu entscheiden. Die Vermuthung spricht auch hier in gleicher Weise für einen derartigen Zusammenhang.[14]) Das Gegentheil ist demnach nur dann anzunehmen, wenn

schulden ohne Zuziehung des Geschlechtsvormunds, obwohl letzteres nicht unbestritten ist; Mev. comm. I. 10. 3 No. 62; III. 6. 21 No. 12; Marquard I. 12 No. 11; Martens § 12; vgl. auch Pr. L.R. II. 8. § 488, in Betreff der uxor mercatrix s. unten § 35 Anm. 14; über die fremden Gesetzgebungen Zus. am Schluß des folg. §. I.

[11]) SC. Vellejanum und L. 23 § 2 C. ad SC. Vellej. (4. 29) finden mithin auf die im Handelsbetrieb übernommenen Intercessionen der Handelsfrau keine Anwendung. Ueber die Nov. 134 c. 8 (Auth. si qua mulier) s. § 35 Anm. 22. Nach gemeinem Recht gehört außerdem namentlich die größere Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums hierher, Windscheid § 79 a. E. — Früher kam noch in Betracht, daß die Handelsfrauen im Gegensatz zu den übrigen Frauen wechselfähig, dafür aber auch wegen ihrer Handelsschulden gleich Männern der Personalhaft und insbesondere auch der Wechselhaft unterworfen waren. Die Wechselfähigkeit ist durch die D. W.O. auf alle Frauen ausgedehnt, dagegen ist der Unterschied in Betreff der Wechselhaft erst mit dem Wegfall der Schuldhaft durch das Ges. vom 29. Mai 1868 beseitigt worden. — Die Beschränkungen der Frauen in Bezug auf Intercessionen sind neuerdings im größten Theil von Deutschland aufgehoben, Roth Privatr. § 62 [8].

[12]) H.G.B. 9, in erster Les. hinzugefügt, Zus. zu § 35 II; derselbe bezieht sich seiner ursprünglichen Bestimmung nach sowohl auf Handlungen der freiwilligen wie auf solche der streitigen Gerichtsbarkeit. Ueber das fremde Recht ebendas. — Für das ältere deutsche Recht Mev. comm. I. 7. 8 No. 28; I. 10. 1 No. 57; III. 6. 21 No. 27; Marquard I. 12 No. 10.

[13]) Civ.Pr.O. § 51, dazu Mandry S. 21 f. — Nach der Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft hat der § 51 nur noch für verheirathete Frauen Bedeutung, vgl. § 35 Anm.

[14]) In dubio quae mercatrix est, ex causa negotiationis contraxisse et accepta in mercantiam vertisse praesumitur Mev. III. 6. 21 No. 30; Marquard I. 12 No. 25; Martens § 12; Brinkmann § 18 a. E.; Pr. L.R. II. 8 § 490; a. M. Heise S. 23 und ihm folgend Thöl (4. Aufl.) § 50 zu Anm. 7. Bürgschaften R. 9. 51 (172); Z. 8. 537; Bu. 15. 410 (Dresden 64, 68). Der Umstand, auf den oben gegenüber dieser Vermuthung Gewicht gelegt ist, wird in

Digitized by Google

bei Eingehung des betreffenden Geschäfts ersichtlich geworden ist, daß dasselbe nicht in Verbindung mit dem Handelsgewerbe steht. Unter Umständen wird sich ein solcher Schluß schon darauf stützen lassen, daß die Frau das Geschäft in eigner Person abgeschlossen hat, während sie sonst dem Handelsbetrieb persönlich fern steht, namentlich dann, wenn sie sich dabei ihres von der Handelsfirma abweichenden bürgerlichen Namens bedient hat. Auf die von einer Handelsfrau gezeichneten Schuldscheine findet dies keine Anwendung, da die Vermuthung für die Zugehörigkeit derselben zum Handelsgewerbe nur aus dem Inhalt der Urkunde selbst widerlegt werden kann, eine solche Widerlegung aber darin, daß sie von der Frau mit ihrem bürgerlichen Namen gezeichnet sind, nicht zu finden ist. [15])

§ 35.
Handeltreibende Ehefrau. [1])

Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein. [2]) Das Erforderniß ehemännlicher Einwilligung beruht auf der Erwägung, daß durch den Handelsbetrieb der Frau das eheliche Leben unter allen Umständen erheblich beeinflußt wird und leicht empfindlich gestört werden kann. Das Gesetz stellt diese Forderung daher unabhängig von dem für die persönlichen und güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten maßgebenden bürgerlichen Recht; dieselbe gilt insbesondere auch da, wo

---

sehr vielen Fällen zur Widerlegung derselben geeignet sein, schließt sie aber keineswegs unbedingt aus.

[15]) Oben § 29 zu Anm. 10. Die beiden Präsumtionen des Art. 274 kommen in derselben Weise wie bei der unverheiratheten Handelsfrau auch bei der uxor mercatrix zur Geltung. Die französische Jurisprudenz erkennt diese Consequenz nicht vollständig an. Namentlich will sie die Vermuthung des art. 638 (billets souscrits par un commerçant) bei der marchande publique nur als eine Vermuthung gelten lassen, der gegenüber der Gegenbeweis auch anderswoher als aus dem Inhalt der Urkunde selbst erbracht werden kann, Bédarr. I. 128, 186; Massé II. 1135.

[1]) Literatur s. § 34 Anm. 1; — außerdem mit specieller Beziehung auf das österr. Recht Ullmann in Grünhut, Ztschr. Bd. 4 S. 139 ff.

[2]) H.G.B. 7[1]. Widerspruch fand das Erforderniß des ehemännlichen Consenses auf der N. C. namentlich von Seiten Oesterreichs, weil nach österreichischem Recht die Frau in vermögensrechtlicher Beziehung unabhängig sei. In 2. Les. wurde deshalb ein Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetze gemacht, in 3. Les. aber wiederum gestrichen; Prot. 18, 890, 892, 4508; v. Hahn I S. 32. Ueber das ältere Recht Heise und Cropp I No. 1 § 6, 10; Pr. L.R. II. 1 § 195. Fremdes Recht s. Zus. am Schluß d. §. I.

Digitized by Google

der Ehemann keine vormundschaftliche Gewalt über die Frau hat, wo mithin die letztere bei der Vornahme von Rechtsgeschäften nicht an die Zustimmung des Mannes gebunden ist. Die Einwilligung des Ehemannes bedarf keiner Erklärung, es genügt, wenn derselbe den Handelsbetrieb der Frau wissentlich und ohne Einspruch zu erheben, geschehen läßt.[3]) Seine Befugniß, die Zustimmung zu ertheilen oder zu versagen, äußert sich demnach darin, daß er dem Betrieb des Handelsgewerbes durch die Frau widersprechen kann.[4]) Der Einspruch[5]) ist nur dann von Bedeutung, wenn er öffentlich,

---

[3]) Art. 7[1]: Es gilt als Einwilligung des Mannes, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt; dazu R. 2. 23 (97 ff.). Die Kenntniß des Mannes bedarf regelmäßig keines besonderen Nachweises Z. 20. 613 (Nürnb. 70). Dagegen steht das Wissenmüssen dem Wissen nicht gleich, a. M. v. Hahn. Schon vor dem H.G.B. wurde stillschweigende Genehmigung des Mannes angenommen, wenn die Frau das Handelsgewerbe offenkundig betrieb, also eine mercatrix publica war, Marqu. I. 12 No. 20. Ebenso französisches Recht, Zus. a. E. d. §. I. In Erinnerung hieran wurde auf der N. C. vorgeschlagen, statt der Worte „mit Wissen und ohne Einspruch desselben" zu setzen: „öffentlich". Der Antrag wurde indeß abgelehnt, Prot. 890.

[4]) Nicht hiermit im Einklang steht die Bestimmung mehrerer Einführungsgesetze, daß die Frau Behufs ihrer Eintragung in das Handelsregister das Vorhandensein der ehemännlichen Einwilligung nachweisen müsse, Zus. III. 2. a. Die Frau wird hierdurch genöthigt, eine ausdrückliche persönlich oder in beglaubigter Form abzugebende Zustimmungserklärung des Mannes beizubringen, vgl. auch Preuß. Just.Min.Instr. vom 12. December 1861 § 29, während es nach dem H.G.B. als genügend anzusehen ist, wenn der Richter die Ueberzeugung gewinnt, daß sie mit Wissen des Mannes ein eintragungspflichtiges Gewerbe betreibt. Zur Begründung dieser Ueberzeugung kann unter Umständen eine ausdrückliche Erklärung des Mannes nothwendig erscheinen; das richterliche Ermessen darf aber in dieser Hinsicht nicht durch bestimmte Vorschriften eingeengt werden. Die gedachten Bestimmungen enthalten mithin Abänderungen des H.G.B.'s und sind demnach durch das Reichs-E.G. außer Kraft gesetzt. Dagegen ist die Bestimmung des brem. E.G.'s (Zus. III. 2. c), daß die Einwilligung des Ehemannes in das Handelsregister einzutragen ist, mit Rücksicht auf § 3 B. Nr. 2 des Reichs-E.G.'s noch als zu Recht beständig anzusehen; nur darf die Eintragung der Frau selbst nicht hiervon abhängig gemacht werden.

[5]) Der Einspruch muß gleich jeder Willenserklärung ernstlich sein, Bu. 23, 219 (A.G. Hamm 66). Folgt ihm ein Verhalten, welches auf ein Einverständniß mit dem Handelsbetrieb der Frau schließen läßt, so ist der Einspruch entweder von vorn herein nicht ernstlich gemeint gewesen oder er muß als thatsächlich zurückgenommen gelten. Die Frage, ob in dem Verhalten des Ehemannes nach dem Einspruch ein Dulden des Gewerbebetriebs der Frau zu finden, ist reine quaestio facti.

Digitized by Google

d. h. in allgemein erkennbarer Weise stattfindet.[6]) Was hierzu gehört, ist im einzelnen Fall mit Rücksicht auf die Sitte des kaufmännischen Verkehrs zu bestimmen.[7]) Eine ausdrückliche Erklärung ist nicht unbedingt geboten; vielmehr kann der Ehemann seinen der Betreibung des Handelsgewerbes entgegen stehenden Willen sehr wohl auch durch schlüssige Handlungen zu erkennen geben.[8])

Ist das Erforderniß der Oeffentlichkeit gewahrt, so können sich dritte Personen auf eine, wenngleich schuldlose Unkenntniß über das Vorhandensein des Einspruchs nicht berufen.[9])

Der Ehemann kann den Einspruch nicht nur bei der Begründung des Handelsgeschäfts, sondern auch während der Dauer desselben geltend machen. In der oben angeführten Bestimmung des H.G.B.'s liegt, daß die Frau der Einwilligung des Ehemannes nicht nur, um Handelsfrau zu werden, sondern auch zur Fortdauer dieser Eigenschaft bedarf.[10]) Selbst wenn der Mann den Handelsbetrieb aus-

---

[6]) Als öffentlich ist die Erklärung anzusehen, wenn sie an das gesammte mit der Frau in Verkehrsbeziehungen stehende Publikum gerichtet und in geschäftsmäßiger Weise, z. B. durch Ankündigung in öffentlichen Blättern, Versendung von Circularen u. dgl. zur Kenntniß desselben gebracht ist. Unwirksam ist ein nur der Frau gegenüber erklärter Einspruch, ebenso der Einspruch, der sich nicht gegen den gesammten Handelsbetrieb der Frau, sondern nur gegen die Beziehungen zu einzelnen Personen richtet. Eine Willenserklärung der letzteren Art ist nicht einmal denjenigen gegenüber, denen sie kundgethan ist, von Wirkung.

[7]) Eintragung des Einspruchs in das Handelsregister findet nach den Anm. 11 bezeichneten E.gesetzen statt. Im ganzen Geltungsbereich des H.G.B.'s kann der Ehemann überdies dadurch, daß er seinen Einspruch zum Handelsregister anzeigt, die Löschung der in dasselbe eingetragenen Firma der Frau herbeiführen. Nur ist dieselbe nicht unmittelbar auf den Einspruch des Mannes zu löschen, sondern es bedarf hierzu eines Antrages der Frau, zu welchem diese in dem geordneten Wege veranlaßt werden muß, Art. 25¹. Uebrigens gewährt, wie v. Hahn mit Recht bemerkt, die Löschung der Firma im Register keinen sicheren Schluß darauf, daß die Frau aufgehört hat, Handelsfrau zu sein.

[8]) So z. B. wenn der Ehemann den Laden der Frau schließen läßt und einen hierauf bezüglichen Anschlag an der Ladenthür macht, Prot. 888.

[9]) Die Begründung hierfür s. § 39. Art. 25²,³ findet auf den Einspruch des Mannes auch dann keine Anwendung, wenn die Firma der Frau im Handelsregister steht. Modificirt wird der obige Grundsatz durch die Anm. 11 genannten E.gesetze.

[10]) So schon nach früherem Recht, Brinckmann § 18; Mot. zu W. 6 S. 25. Die Worte unseres Art. 7¹: „Die Ehefrau kann nicht Handelsfrau sein", weisen gleich dem la femme ne peut être marchande publique in Co. 4 ebenso wohl darauf hin, daß der Ehemann seine Einwilligung widerrufen kann, wie auf die

Digitized by Google

drücklich genehmigt haben sollte, ist er demnach nicht gehindert, in einem beliebigen späteren Zeitpunkt der Fortsetzung desselben zu widersprechen.[11])

In allen diesen Beziehungen ist die Frau den willkürlichen Entschließungen des Mannes untergeordnet.[12]) Sie hat keine Klage auf richterliche Ergänzung des grundlos verweigerten Consenses oder auf Zurückziehung des erhobenen Einspruches.[13]) Treibt die Frau Handel ohne Wissen oder gegen den Willen des Mannes, so ist sie nicht Handelsfrau, hat mithin weder die Rechte noch die Pflichten des Kaufmannes und steht in Bezug auf ihre Rechtshandlungen, gleichviel ob dieselben Beziehung zum Handelsgewerbe haben oder nicht, den nicht handeltreibenden Ehefrauen gleich.[14]) Ebenso be-

---

Statthaftigkeit des Einspruchs, wenn die Frau bereits bei Eingehung der Ehe Handelsfrau war.

[11]) Erforderlich aber auch ausreichend ist auch in diesem Fall eine öffentliche Kundgebung des Widerspruchs gegen die Fortsetzung des Gewerbebetriebs. Das bad. und brem. E.G. verlangen, daß die Zurücknahme des Consenses in das Handelsregister eingetragen werde, das württemb. E.G. läßt eine solche Eintragung facultativ zu, Zus. III. d. Dem Sinn des H.G.B.'s entsprechen diese Bestimmungen nicht, wie sich aus dem Gang der Berathungen unzweifelhaft ergiebt. Gleichwohl wird man dieselben gemäß § 3 B. Nr. 2 des Reichs-E.G.'s ebenso wie das hiermit in Verbindung gebrachte Präjudiz des Art. 25[2, 3] als noch gegenwärtig anwendbar zu betrachten haben.

[12]) Uebereinstimmend v. Hahn, v. Völdernd. Die französ. Jurisprudenz s. Zus. I. S. 184. Auf der N. C. war zum Art. 7 in 1. Les. ein Zus. beantragt, welcher den Consens des Mannes nach erfolgter Scheidung von Tisch und Bett für entbehrlich erklärte (s. Anm. 17). Außerdem wurde auch die Frage berührt, ob, wenn der Ehemann den Consens aus unstichhaltigen Gründen verweigere, eine Supplirung durch den Richter statthaft sei. Jener Antrag wurde für innerlich begründet erklärt, diese Frage „von mehreren Seiten" bejaht. Man begnügte sich indeß schließlich mit Aufstellung der allgemeinen Regel; die besonderen Bestimmungen sollten der Landesgesetzgebung verbleiben, Prot. 17.

[13]) Rechtsfall Bu. 6. 14 (K.G. Berlin 64). Oesterr. E.G. Zus. III. b. Die Bestimmungen des badischen und württemb. E.G.'s: „Der Widerruf darf nicht zur Unzeit (nicht unredlicher Weise noch zur Unzeit) erfolgen" Zus. III. d. sind Abänderungen des H.G.B.'s und können daher gegenwärtig nicht mehr auf Geltung Anspruch machen. Ueber die Opportunität des Widerrufs hat der Mann allein zu entscheiden; ein unredlicher Widerruf ist bei aufrechter Ehe vom Standpunkt des H.G.B.'s überhaupt nicht denkbar.

[14]) Diese Consequenz, die gesetzgeberisch Manches gegen sich hat, folgt aus dem H.G.B. mit Nothwendigkeit. Uebereinstimmend v. Hahn S. 38 f. Schwierigkeiten macht hierbei das Verhältniß des H.G.B.'s zur R.Gew.O. §. 11[2]: „Frauen, welche selbständig ein Gewerbe betreiben, können in Angelegenheiten ihres Ge-

Digitized by Google

wirkt der Widerspruch gegen die Fortsetzung des Handelsgewerbes, daß ihr die Eigenschaft einer Handelsfrau entzogen wird. Diese Wirkung tritt regelmäßig sofort mit der Erklärung des Widerrufs ein; nur behufs Abwickelung schwebender Handelsunternehmungen und in den Fällen, wo die Frau als Handelsgesellschafterin vertragsmäßig gebunden ist, wird sie noch nach demselben als Handelsfrau anzusehen sein.[15])

Eine Abweichung von den vorstehenden Grundsätzen ist geboten, wenn das eheliche Leben dauernd oder zeitweise gelöst ist, ohne daß eine Scheidung stattgefunden hat.[16]) In solchen Fällen erscheint es gerechtfertigt, der Frau die Möglichkeit des Handelsbetriebs ohne und gegen den Willen des Mannes zu gewähren. Dahin gehören insbesondere länger andauernde Abwesenheit und Entmündigung des Mannes, ferner die Fälle, in denen derselbe seiner Pflicht zur Erhaltung des Hausstandes nicht nachkommt, das Interimistikum während des Scheidungsprozesses, sowie die Scheidung von Tisch und Bett.[17])

---

werbes selbständig Rechtsgeschäfte abschließen und vor Gericht auftreten, gleichviel ob sie verheirathet oder unverheirathet sind." Mandry a. a. O. S. 25 nimmt an, daß hiernach das bürgerliche Recht darüber zu entscheiden habe, ob die Ehefrau befugt sei, dem Ehemann gegenüber die Anerkennung als Gewerbefrau zu erzwingen, bezw. ob dieser die Frau an dem gegen seinen Willen begonnenen oder fortgesetzten Gewerbebetrieb hindern könne. Wenn und so lange dagegen die Ehefrau mit oder ohne Genehmigung des Mannes thatsächlich Gewerbefrau sei, seien die von ihr ohne Zustimmung und selbst gegen den Willen des Mannes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte rite zu Stande gekommen. Nach dieser Auslegung ist ein Widerspruch zwischen H.G.B. und R.Gew.O. vorhanden, der sowohl mit Rücksicht auf das zeitliche Verhältniß beider Gesetze (oben S. 76 Anm. 13), wie auch weil das H.G.B. in diesem Fall lex specialis ist, zu Gunsten des Letzteren entschieden werden müßte. Keine Lösung des Widerspruches ist es, wenn Thöl § 45 die ohne Genehmigung des Mannes handeltreibende Frau zwar nicht für eine Handelsfrau im Sinn des H.G.B.'s, wohl aber für eine Gewerbefrau im Sinne der R.Gew.O. erklärt. Dagegen erledigt sich der Widerspruch allerdings, wenn man davon ausgeht, daß die R.Gew.O. die Bedingungen, unter denen Ehefrauen Gewerbefrauen sein können, überhaupt nicht habe regeln wollen. Für diese Auffassung spricht der Standpunkt, der in Betreff der Minderjährigen eingenommen ist (oben S. 166); ein Argument gegen sie läßt sich weder aus dem Wortlaut des §. 11 noch aus seiner Entstehungsgeschichte abnehmen. Unentschieden R. 23. 107 (401).

[15]) Brinckmann § 18 S. 46 a. E., ital. H.G.B. s. Zus. S. 187, a. M. in Betreff der Gesellschaftsverträge Massé II No. 1121.

[16]) Oben Anm. 12. Einführungsgesetze und fremde Gesetzgebung Zus.

[17]) Reichs-Civ.Pr.O. 584, 815 ff. Die Scheidung von Tisch und Bett ist

Digitized by Google

Ob in den genannten Fällen, wenn die Frau einen Handelsbetrieb beginnen will, an Stelle des ehemännlichen Consenses eine gerichtliche Autorisation oder eine Genehmigung seitens des Vertreters des Mannes erforderlich ist oder ob die Frau ohne Weiteres befugt ist, selbständig zu handeln, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht.[18]) In den letzten drei Fällen ist auch die Befugniß des Mannes zum Widerruf der Genehmigung suspendirt.[19])

Nach bürgerlichem Recht ist auch zu bestimmen, ob, wenn der Ehemann minderjährig oder in väterlicher Gewalt befindlich ist, zur Wirksamkeit seines Consenses noch die Zustimmung des Vormundes oder Vaters hinzukommen muß, sowie ob bei einer minderjährigen oder gewaltunterworfenen Ehefrau außer der Einwilligung des Mannes noch die anderer Personen erforderlich ist.[20])

Da die Genehmigung des Ehemannes immer vorhanden ist, wenn und so lange derselbe den Handelsbetrieb der Frau duldet, so ist eine bedingte, durch Zeitbestimmungen oder sonst beschränkte Genehmigung undenkbar. Einschränkungen, die der Ehemann seiner Erklärung beifügt, sind unwirksam; es kommt darauf an, ob er im gegebenen Fall von seiner Widerrufsbefugniß Gebrauch machen will. Eine Vorwegnahme des Widerrufs ist ebenso wenig statthaft wie ein vertragsmäßiger Ausschluß derselben.[21])

---

gegenwärtig nur noch als zeitweise Trennung statthaft; als dauernde Maßregel kann sie höchstens da in Frage kommen, wo sie unter der Herrschaft des früheren Rechts erfolgt und nicht neuerdings in eine Scheidung a vinculo verwandelt ist, Reichsges. v. 6. Febr. 1875 § 77.

[18]) In Ermangelung besonderer Bestimmungen wird man davon ausgehen dürfen, daß die Frau in den oben bezeichneten Fällen selbständig wird, mithin keiner gerichtlichen Autorisation zum Handelsbetrieb bedarf. Die Selbständigkeit der Frau in den gedachten Fällen wird selbst da anerkannt, wo sie unter der Vormundschaft des Mannes steht, Kraut Vorm. II S. 441 ff.; vergl. auch Pr. L.R. II. 1 § 202—204; Z. 20. 614 (O.Trib. Berlin 69).

[19]) Auch hierüber enthalten die E.gesetze und fremden Gesetzgebungen z. Th. specielle Vorschriften, Zus. I, III.

[20]) Nach gemeinem Recht bedarf, wenn der Ehemann minderjährig ist oder sich in väterlicher Gewalt befindet, weder seine Einwilligung zum Handelsbetrieb der Frau, noch sein Einspruch der Zustimmung des Vormunds oder Gewalthabers; diese können daher auch nicht selbständig an Stelle des Ehemannes ihre Zustimmung ertheilen oder Einspruch erheben. Bei der anderweit unter Vormundschaft stehenden oder trotz der Ehe in väterlicher Gewalt verbliebenen Ehefrau bewirkt die Einwilligung des Mannes, daß sie einer unverheiratheten Frau in derselben Lage gleich zu achten ist.

[21]) v. Hahn S. 37. Die N. E. hat diese Fragen zwar erörtert, aber un-

Digitized by Google

Die mit Genehmigung des Ehemannes handeltreibende Frau steht der unverheiratheten Handelsfrau gleich, sie hat nicht nur gleich dieser in ihrem Handelsbetrieb alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes, sondern ist auch bezüglich desselben ebenso selbständig wie unverheirathete Frauen.[22]) Die Gültigkeit der einzelnen im Betrieb des Handelsgewerbes von ihr abgeschlossenen Geschäfte ist nicht von der Genehmigung des Ehemannes abhängig[23]) und die Rechte des Mannes an ihrem Vermögen müssen den Ansprüchen der Handelsgläubiger weichen.[24]) Die letzteren haben den Zugriff auf das gesammte Frauen-

---

beantwortet gelassen, um der Jurisprudenz nicht vorzugreifen, Prot. 20, vergl. auch folg. Anm.

[22]) Art. 8[1]: Eine Ehefrau, welche Handelsfrau ist, kann sich durch Handelsgeschäfte gültig verpflichten, ohne daß es zu den einzelnen Geschäften einer besonderen Einwilligung ihres Ehemannes bedarf. Pr. hatte statt „durch Handelsgeschäfte" — „durch alle Geschäfte ihres Handelsgewerbes" (pour tout ce qui concerne son négoce, Co. 7). Die Aenderung ist erfolgt, um außer Zweifel zu setzen, daß die verheirathete Handelsfrau alle Handelsgeschäfte selbständig abschließen kann, ohne an den Bereich eines bestimmten Gewerbes gebunden zu sein, was die französische Jurisprudenz nicht annimmt, Prot. 887 f., oben § 34 Anm. 8. Anders natürlich, wenn der Ehemann einer nicht handeltreibenden Frau dieselbe zu einem Complex von Handelsgeschäften ermächtigt, R. 4. 32 (162 ff.). Geschäfte, die zwar mit dem Handelsbetrieb in Zusammenhang stehen, aber keine Handelsgeschäfte sind, fallen nicht unter die vorstehende Bestimmung, dagegen bezieht sich auf sie § 11 der R.Gew.O., oben § 34 Anm. 10. (Die E.gesetze, welche der Frau im Betriebe des Handelsgewerbes auch die Verfügung über ihre Immobilien gestatten, Zus. III. e. sind hierdurch entbehrlich geworden.) In allen das Handelsgewerbe betreffenden Geschäften bleiben demnach die besonderen Bestimmungen, die in der Stellung der Ehefrau ihren Grund haben, außer Anwendung. Daher kann die handeltreibende Ehefrau auch für ihren Ehemann gültig intercediren, R. 9. 51 (172 ff.); Z. 8. 537, Bu. 15. 410 (Dresden 64, 68), Verträge mit ihm abschließen, also auch mit ihm selbst eine Handelsgesellschaft eingehen. Theilweise a. M. Mandry, S. 24. Ebenso gewährte ihr das H.G.B. gleich den unverheiratheten Handelsfrauen die Fähigkeit, selbständig vor Gericht aufzutreten, oben § 34 Anm. 12, 13. — Handelsniederlassung der Frau als Domicil des Mannes, Bu. 17. 171 (A.G. Hamm 66).

[23]) Auch Societätsverträge kann sie ohne Genehmigung des Mannes eingehen, Bu. 25. 372, 27. 65 (A.G. Eisenach 71). In der französischen Jurisprudenz erregt gerade dieser Fall besondere Bedenken, Zus. S. 185.

[24]) Art. 8[2]: Sie haftet für die Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch oder die sonstigen an diesem Vermögen begründeten Rechte des Ehemannes. Vgl. hierzu namentlich Ullmann an dem Anm. 1 a. O. — Die Worte „oder die sonstigen an diesem Vermögen begründe-

Digitized by Google

gut, ohne daß ihnen der Mann auf Grund der ihm zustehenden Verwaltungs- und Nießbrauchsbefugnisse entgegentreten kann. Wo Dotalrecht gilt, können sie sich demnach an das Dotalvermögen der Frau halten. Leben die Ehegatten in Gütergemeinschaft, so haftet den Gläubigern außer dem Sondergut der Frau das in der Gemeinschaft befindliche Vermögen.[25]) Eine darüber hinausgehende persönliche Haftung des Ehemannes für die Handelsschulden der Frau hat zwar das H.G.B. nicht eingeführt, beläßt es aber bei derselben, wo sie nach bürgerlichem Recht besteht.[26])

---

ten Rechte", in 2. Lesung eingeschoben, beziehen sich auf das Dotalvermögen der Frau, welches von den Gläubigern auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn es nach bürgerlichem Recht im Eigenthum des Mannes steht, also auch im Fall einer dos aestimata, Prot. 891. Gleichgültig ist, ob die Rechte des Ehemannes auf Gesetz oder auf Ehepacten beruhen. — Handelsschulden sind nicht bloß Schulden aus Handelsgeschäften, sondern alle Schulden, die im Betrieb des Handelsgewerbes contrahirt sind, z. B. auch für den Erwerb eines zu Handelszwecken bestimmten Grundstücks, Anm. 22.

[25]) Art. 8[2]: Es haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen, soweit Gütergemeinschaft besteht. — Die Haftung mit dem gemeinschaftlichen Vermögen findet sowohl bei der allgemeinen wie bei der partikulären Gütergemeinschaft, insbesondere auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft statt. Ein Antrag, sie für den letzteren Fall auszuschließen, wurde von der N. C. abgelehnt, Prot. 18 f. Insoweit die Ehefrau bei der Errungenschaftsgemeinschaft für die während der Ehe gemachten Schulden des Mannes (Verrungenschaft) haftet, tritt diese Haftung auch bei der Handelsfrau ein. Die nach mehreren Partikularrechten in diesem Fall der Ehefrau zustehende Befugniß, sich durch Verzicht auf die Errungenschaft von dieser Haftung zu befreien (so nach Württemb. Recht, Mandry S. 19[3], Neubauer, Das in Deutschl. gelt. ehel. Güterr. S. 118) steht ihr dagegen als eine besondere „weibliche Freiheit" nicht zu. Selbstverständlich genügt ferner für die Anwendung des Art. 8 die s. g. äußere oder formale Gütergemeinschaft; es reicht hin, daß die Gütergemeinschaft dritten Personen gegenüber als bestehend angenommen wird, wenn sie auch für die Beziehungen der Ehegatten zu einander ausgeschlossen ist. Auf Antrag des Abgeordneten für Hamburg hat dies die N. C. ausdrücklich anerkannt, Prot. a. a. O. Berührt wurde während der Debatten ferner die Frage, welchen Einfluß eine Aenderung des Güterrechts nach ertheiltem Consense habe, Prot. 20. Als Regel ist in dieser Hinsicht zu betrachten, daß, insoweit die Ausschließung der Gütergemeinschaft während der Ehe statthaft ist, hierdurch doch diejenigen Gläubiger nicht berührt werden, deren Forderungen bereits vor der Ausschließung entstanden sind. Bezüglich ihrer wird die Gütergemeinschaft als fortbestehend gedacht, sie können sich mithin auch an das später erworbene Vermögen des Ehemanns halten, welches, wenn die Ausschließung nicht erfolgt wäre, in die gemeinschaftliche Masse gefallen sein würde, R. 10. 98 (419); 19. 13 (42).

[26]) Art. 8[2]: Ob zugleich der Ehemann mit seinem persönlichen

Digitized by Google

Von der verheiratheten Handelsfrau (uxor mercatrix) ist die Ehefrau des **Kaufmannes** (uxor mercatoris)[27]) zu unterscheiden, die nicht Principalin eines Handelsgewerbes und daher auch nicht Handelsfrau ist. Schwierigkeiten kann die Unterscheidung machen, wenn beide Ehegatten im Handelsbetrieb thätig sind, da hier sowohl die Möglichkeit vorliegt, daß die Frau bloße Gehülfin des Mannes,[28]) wie daß sie Gesellschafterin desselben (uxor socia) oder alleinige Principalin ist. Das H.G.B. hat es unterlassen, in dieser Hinsicht Präsumtionen oder bestimmte äußere Merkmale aufzustellen.[29]) Sind die Ehegatten selbst mit bestimmten Erklärungen hervorgetreten, so

---

Vermögen haftet, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen. Pr. lautete mit dem Co. übereinstimmend, Zus. II. S. 188. In 1. Les. wurde der betreffende Passus so verstanden, als wenn der Ehemann nur mit dem gemeinschaftlichen Vermögen aufzukommen habe. Prot. 19. In 2. Les. kam man indeß zu der Ueberzeugung, daß es sich um eine weiter gehende Haftung handle, die allgemein anzuordnen für bedenklich erachtet wurde. Prot. 891. — Ueber das französ. Recht und die auf die Gebiete desselben bezüglichen E.Gesetze s. Zus. I, III. f. Ist nach bürgerlichem Recht die Haftung des Ehemannes für die Handelsschulden der Frau auch außer dem Fall der Gütergemeinschaft begründet, so wird hieran durch Art. 8 nichts geändert. Daher bleibt z. B. die Vorschrift des Pr. L.R.'s II. 1 § 337, daß der Mann für die im Gewerbebetrieb der Frau entstandenen Schulden haftet, wenn diese sich die Einkünfte ihres Gewerbebetriebs nicht ausdrücklich vorbehalten hat, unverändert in Geltung, Zus. III. f., R. 24. 93 (360). Vgl. auch folg. Anm. — Die Frage, ob und in welcher Form der Ehemann seine Haftung, vorausgesetzt daß sie nach bürgerlichem Recht begründet ist, ausschließen kann, ist ebenfalls nach den Landesgesetzen zu beurtheilen, hierüber lüb. E.G. Zus. a. a. O. Soll der Ehemann aus seiner Haftung in Anspruch genommen werden, so muß die Klage jedenfalls auch gegen ihn gerichtet werden.

[27]) Die Bezeichnung uxor mercatoris wird vorzugsweise auf die Ehefrau bezogen, die ihrem Manne im Handelsgewerbe Hülfe leistet, ohne daß indeß diese Bezeichnung technisch wäre, v. Hahn S. 37.

[28]) Art. 7³: Die Ehefrau eines Kaufmannes, welche ihrem Ehemanne nur Beihülfe in dem Handelsgewerbe leistet, ist keine Handelsfrau. Aehnlich Pr. L.R. II. 8 § 496.

[29]) Wie namentlich im Co. und den ihm folgenden Gesetzbüchern geschehen ist, Zus. I. Nach Pr. L.R. II. 1 § 495 galt die in Societät mit ihrem Ehemann stehende Frau nur dann als Handelsfrau, wenn zugleich verabredet und bekannt gemacht war, daß sie der Handlung mit vorstehen sollte. (Die Bestimmung ist in das portug. H.G.B. übergegangen.) Umgekehrt wurde nach anderen Rechten für das Vorhandensein einer Handelsgesellschaft vermuthet, sofern nicht öffentlich bekannt gemacht war, daß die Frau nur Prokuristin des Mannes sei, Seu. 11. 158 (Lübeck 56). Vgl. überhaupt über das Recht vor dem H.G.B. Heise u. Cropp I S. 3 ff., auch Z. 2. 394 (Darmst. 57); 2. 397 (Dresden 57).

Digitized by Google

sind diese zunächst maßgebend, sofern sie nicht mit den thatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch stehen.[30]) Nach einzelnen Partikularrechten haften Eheleute, die in einem offenen Geschäft gemeinschaftlich thätig sind (die zu offenem Kram und Laden sitzen) solidarisch für die Geschäftsschulden; hieran ist durch das H.G.B. nichts geändert.[31])

Zusatz zu §§ 34, 35. I. Fremde Gesetzgebungen: 1) Frankreich. Der Co. enthält keine unserem Art. 6 entsprechende Bestimmung. Das Princip, daß die Handelsfrau in ihrem Handelsbetrieb dem Kaufmann gleichsteht und auf die weiblichen Rechtswohlthaten keinen Anspruch hat, ist indeß auch im französischen Recht anerkannt. Beleg hierfür ist Co. 113: Wechselunterschriften von Frauen, die nicht négociantes ou marchandes publiques sind, haben nur die Kraft eines einfachen Zahlungsversprechens. Ebenso galt für Handelsfrauen nicht die gegenwärtig bedeutungslos gewordene Befreiung der Frauen von der Personalhaft, Ges. v. 17. April 1832 § 2. Geschlechtsvormundschaft und weibliche Rechtswohlthaten bei Intercessionen sind dem französischen Recht unbekannt. — Handeltreibende Ehefrau. Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung des Mannes nicht marchande publique sein, Co. 4. Ueber die Kundgebung des ehemännlichen Consenses bestimmt der Co. nichts; die Materialien ergeben, daß man bei der Berathung des Art. 4 die Frage erörtert hat, ob eine förmliche oder doch ausdrückliche Ermächtigung nothwendig sei, ohne indeß zu einem bestimmten Ergebniß zu gelangen. Die Jurisprudenz ist im Anschluß an das droit coutumier einverstanden, daß es genügt, wenn die Frau au vu et su des Ehemannes Handel treibt. Der Ehemann muß mithin, wie bei uns, gegen den Handelsbetrieb der Frau Einspruch erheben, und zwar öffentlich, da die Frau sonst gutgläubigen Dritten gegenüber dennoch als Handelsfrau gilt. Einverständniß besteht ferner darüber, daß die Zustimmung des Mannes nicht nur zur Begründung, sondern auch zur Fortdauer des Handelsbetriebs gehört, also widerruflich ist. Insofern es sich um die Begründung des Gewerbebetriebs handelt, wird die Ertheilung oder Versagung der Genehmigung als lediglich von der Willkür des Mannes abhängig betrachtet, dagegen ist die Mehrzahl der Autoren geneigt, die Frau gegen einen unzeitigen Widerruf des einmal ertheilten Consenses in Schutz zu nehmen. Streitig ist, ob bei Störungen des ehelichen Lebens: Abwesenheit, Interdiction des Mannes, Trennung von Tisch und Bett die Genehmigung des Mannes durch richterliche Autorisation ersetzt werden kann, ebenso die Behandlung der Fälle, in denen der Mann oder die Frau oder beide Ehegatten minderjährig

---

[30]) Die Beschaffenheit der Firma ist ein nur mit Vorsicht zu verwendendes Kriterium, Heise und Cropp S. 17, v. Hahn S. 37[a]. Erheblicher, aber auch nicht unbedingt entscheidend ist die Anmeldung zum Handelsregister. Zur Casuistik Z. 8. 534 (Nürnb.); 11. 122 (Dresd. 64); Gruchot 20. 821 (O.Trib. Berlin 76); Ehemann als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter der Frau R. 8. 76 (316); Z. 20. 613 (Nürnb. 69).

[31]) Heise und Cropp S. 17 ff., v. Völdernd. S. 63 f.; Neubauer Das in Deutschland geltende ehel. Güterr. S. 117 f., Z. 14. 478 (O.Tr. Berlin 69), vor dem H.G.B. Seu. 1. 240; 11. 158; Z. 2. 395; 6. 571.

Digitized by Google

sind. — Ist die Ehefrau marchande publique, so ist sie in den Angelegenheiten ihres Gewerbebetriebs contractsfähig, bedarf mithin zur Vornahme von Rechtsgeschäften nicht der nach bürgerlichem Recht erforderlichen speciellen Ermächtigung des Ehemannes. Co. 5; civ. 220, 217. In Bezug auf einzelne Fälle bestehen ähnliche Zweifel wie bei Minderjährigen; so wiederholen sich hier namentlich die Streitfragen, ob die Frau auch zur Eingehung von Gesellschaftsverträgen, insbesondere mit dem Ehemann selbst für befugt zu erachten, sowie ob im Zweifel ein Zusammenhang des einzelnen Geschäfts mit dem Handelsgewerbe zu präsumiren ist (oben § 34 Anm. 14). Die Verfügungsbefugniß der Frau erstreckt sich auch auf die ihr zugehörigen Immobilien; — mit Ausnahme der Dotalgrundstücke im Fall einer dotirten Ehe, hinsichtlich deren es bei dem bürgerlichen Recht bewendet, kann sie dieselben im Interesse des Handelsgewerbes veräußern und verpfänden, Co. 7; civ. 1554 ss. Dagegen findet in Bezug auf die Gerichtsfähigkeit kein Unterschied zwischen der Handelsfrau und der nicht handeltreibenden Ehefrau statt; auch die erstere kann nur mit Ermächtigung des Ehemannes oder, falls dieselbe versagt wird, auf Grund einer gerichtlichen Autorisation zu Recht stehen; Code civ. 215, 218. — Hinsichtlich der Wirkungen, welche der Handelsbetrieb der Frau auf den Mann äußert, sind die verschiedenen Arten des ehelichen Güterrechts zu unterscheiden. α) Bei gütergemeinschaftlicher Ehe (Code civ. 1400 ss., Zachariä 6. Aufl. III S. 198 ff.) haftet für die Handelsschulden der Frau außer dem gemeinschaftlichen Vermögen auch der Mann persönlich (elle oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux, Co. 5; civ. 220). Dies ist eine Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß bei der Gütergemeinschaft alle Schulden, welche die Frau mit Genehmigung des Mannes macht, zugleich persönliche Schulden des Mannes sind; Code civ. 1419, Zachariä III S. 235. Die Haftung ergreift nach der herrschenden Ansicht nur das Vermögen des Mannes; er war nach früherem Recht nicht der Personalhaft und ist gegenwärtig nicht dem Fallitverfahren unterworfen. β) Ausschluß der Gütergemeinschaft (régime sans communauté; „Klausel der Nichtgemeinschaft" Zachariä III S. 349, Code civ. 1530 ss.). Ist die Gütergemeinschaft durch Vertrag ausgeschlossen, ohne daß gleichzeitig ein anderes Güterrecht vereinbart ist, so greift das System des ehemännlichen Nießbrauches Platz. Der Frau verbleibt das Eigenthum an ihrem Vermögen, der Ehemann erhält Verwaltung und Nutznießung. Controvers ist, ob hierbei der Ertrag eines von der Frau während der Ehe betriebenen Gewerbes zu den in das Eigenthum des Mannes fallenden Früchten zu rechnen ist oder ob ihm auch hieran nur Nießbrauch zusteht. Die Vertreter der ersten Ansicht (z. B. Bédarr. I. 133) nehmen an, daß der Mann, wenn er sich die Einkünfte aus dem Handelsbetrieb der Frau aneignet, auch nach diesem System ihren Handelsgläubigern persönlich haftbar wird (ähnlich Pr. L.R., oben Anm. 26), während nach der zweiten Auffassung, die gegenwärtig vorzuherrschen scheint (Massé II 1131; Lyon 196), der Ehemann nur bis zum Betrag des in seiner Verwaltung befindlichen Frauengutes in Anspruch genommen werden kann. γ) Gütersonderung (séparation de biens, Code civ. 1536 ss., Zachariä III S. 536). Sie beruht entweder auf Vertrag oder auf richterlichem Urtheil. Jedes Erkenntniß, welches auf Trennung von Tisch und Bett (séparation de corps) lautet, hat Gütersonderung zur Folge, es kann aber auch auf letztere allein erkannt werden. Die Gütersonderung bewirkt Trennung des beiderseitigen Ver-

Digitized by Google

mögens, nicht nur hinsichtlich des Eigenthums, sondern auch hinsichtlich der Verwaltung. Von einem Anspruch der Handelsgläubiger der Frau gegen den Mann ist demnach keine Rede; es ist nicht einmal unbestritten, ob die Frau hier überhaupt der Genehmigung des Mannes zum Handelsbetrieb bedarf. — *d*) Dotalrecht (Code civ. 1540 ss., Zachariä III S. 537 ff.). Das Vermögen der Frau ist entweder dos oder Paraphernalgut. An der ersteren steht dem Mann Verwaltung und Nießbrauch, der Frau Eigenthum zu. Das Dotalvermögen ist unveräußerlich; abgesehen von den im Gesetz bestimmten Ausnahmefällen (Code civ. 1554 ss.) soll dasselbe seiner Bestimmung, zu den Lasten der Ehe beizutragen, auch nicht durch eine gemeinschaftliche Verfügung beider Ehegatten entfremdet werden. Eine Consequenz hiervon ist, daß sich die Gläubiger der Frau nur wegen vorehelicher Schulden an die dos halten können, wegen der in der Ehe begründeten auch dann nicht, wenn die Frau mit Genehmigung des Mannes contrahirt hat. Diese Grundsätze, die in Frankreich von der Theorie und Praxis ziemlich allgemein anerkannt sind, ergeben, daß sich nach dem régime dotal keine Haftung des Mannes für die Handelsschulden der Frau begründen läßt, außer wenn etwa die Dosbestellung auch die bona quae habitura est (les biens à venir) umfaßt. In diesem Fall würde der Mann, sofern er die Geschäfts-Erträgnisse an sich nimmt, den Gläubigern bis zum Betrage derselben einstehen müssen, quia bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. — Für den Unterschied zwischen uxor mercatrix und uxor mercatoris ist der Betrieb eines abgesonderten Handelsgewerbes das entscheidende Merkmal. Die Frau gilt als marchande publique, wenn sie un commerce séparé treibt, nicht wenn sie nur den Detailvertrieb im Geschäft des Mannes besorgt (si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari) Co. 5, civ. 220. Die Bestimmung ist dem art. 225 der coutume de Paris entlehnt, die aber nicht nur marchandise séparée, sondern auch autre que celle de son mari forderte. Da letzteres Erforderniß fortgefallen ist, so können beide Ehegatten auch ein Handelsgewerbe derselben Art betreiben. Ob ein commerce séparé vorliegt, gilt als quaestio facti. Im Allgemeinen wird dazu ein Gebahren der Frau verlangt, welches deutlich erkennen läßt, daß sie in eignem Namen handelt. Ist dies nicht der Fall, so wird sie als préposée des Mannes betrachtet. Aus dem Erforderniß des commerce séparé folgert die Mehrzahl der französischen Juristen, daß die Frau nicht offne Gesellschafterin des Mannes sein kann, Pard. I. 65; Massé II. 1267; Bédarr. I. 139 ss.; Namur I. 64.

2) Belgien Tit. 1 Art. 9—11. Neu im Vergleich zum Co. ist nur, daß im art. 9 für die Fälle der Abwesenheit, Interdiction und Minderjährigkeit des Ehemannes Bestimmung getroffen ist. In den beiden ersten Fällen kann die Frau gerichtlich und zwar von dem zuständigen Civilgericht (tribunal de première instance) zum Handelsbetrieb autorisirt werden. Die Autorisation ist in dasselbe Register einzutragen, in welchem die den Minderjährigen ertheilten Ermächtigungen vermerkt werden (oben S. 167). Ist der Ehemann minderjährig, so bedarf er, um gültig seine Zustimmung zum Handelsbetrieb der Frau zu erklären, der gleichen Autorisation wie zum eignen Handelsbetrieb. Der Widerruf der Ermächtigung erfolgt in sämmtlichen drei Fällen in derselben Weise wie die Ertheilung. — Ueber die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen, zugleich aber auch über das Bedenkliche derselben Namur I. 160 ss.

Digitized by Google

3) Italien 7—10. Theils abweichend, theils ergänzend im Vergleich zum Code de c. sind folgende Bestimmungen. Der Mann gilt als consentirend, wenn der Betrieb des Handelsgewerbes seitens der Frau offenkundig und notorisch ist. Hiergegen kann sich derselbe nur durch eine ausdrückliche Verwahrung schützen, die in der Kanzlei des Handelsgerichts zu registriren und anzuschlagen ist. Im Fall der Interdiction, Abwesenheit oder Minderjährigkeit des Mannes, ebenso wenn derselbe zu einer mehr als einjährigen Gefängnißstrafe verurtheilt ist, kann die Frau vom Civilgericht zum Handelsbetrieb autorisirt werden. Dasselbe gilt, wenn der von Tisch und Bett geschiedenen Ehefrau der Consens vom Mann verweigert wird; nur muß dieser hier vor Ertheilung der gerichtlichen Ermächtigung gehört werden. Die handeltreibende Ehefrau ist wie nach unserem H.G.B. auch fähig, in Handelssachen selbständig vor Gericht aufzutreten. Die Haftung des Mannes für die Handelsschulden der Frau im Fall der Gütergemeinschaft ist auf den in die Gemeinschaft fallenden Erwerb beschränkt. Er haftet ristrettamente agli utili della communione, wobei zu bemerken, daß das italienische Recht keine andere Gemeinschaft als die des Erwerbs zuläßt, Cod. civ. 1433. Ein Widerruf der Genehmigung seitens des Mannes ist zwar jederzeit statthaft, muß aber, um wirksam zu sein, vom Civilgericht, nachdem die Frau in geheimer Sitzung gehört ist, bestätigt, beim Handelsgericht registrirt und angeschlagen werden. Auf erworbene Rechte und bereits schwebende Handelsunternehmungen hat ein solcher Widerruf keinen Einfluß.

4) Holland. Wie von den Minderjährigen, so ist auch von den Handelsfrauen nicht im H.G.B., sondern im B.G.B. die Rede. Art. 168 deff. stimmt dem Inhalt nach mit Co. 4, 5 überein. Besonders hervorgehoben wird, daß die Zustimmung des Ehemannes sowohl ausdrücklich wie stillschweigend erfolgen kann und daß der Widerruf öffentlicher Bekanntmachung bedarf. — Art. 165 spricht in Uebereinstimmung mit Code civ. 215 der verheiratheten Handelsfrau die Fähigkeit, selbständig vor Gericht zu stehen, ab.

5) Spanien 5—7. Eine Ehefrau kann selbständig Handel treiben, wenn sie 20 Jahr alt und von ihrem Ehemann in öffentlicher Urkunde zum Handelsbetrieb autorisirt oder von Tisch und Bett geschieden ist. Im ersten Fall haftet für ihre Handelsschulden die dos sowie das beiden Ehegatten gemeinschaftliche Vermögen, d. i. die Errungenschaft, im zweiten Fall nur das Vermögen, an welchem sie bei Beginn des Handelsbetriebs nicht blos Eigenthum, sondern auch Verwaltung und Nießbrauch hatte, ferner die dos, sofern sie ihr durch Urtheil zugesprochen ist, und dasjenige, was sie seit der Trennung von Tisch und Bett erworben hat, Art. 5. Aus dieser Fassung ergiebt sich, daß die Bemerkung in dem Commentar von de la Serna, wonach in dem ersten Fall (Handelsbetrieb der Frau mit Genehmigung des Mannes) das Paraphernalgut von ihren Handelsgläubigern nicht soll in Anspruch genommen werden dürfen, unmöglich richtig sein kann. — Gleich dem Minderjährigen kann die Handelsfrau ihre eignen Grundstücke verpfänden, aber nicht veräußern.

6) Eine eigenthümliche Compilation enthält das portugiesische H.G.B. Die Art. 18—23 deff. sind eine nahezu wörtliche Uebersetzung des Allg. Preuß. L.R.'s II. 8 § 488—496; darauf folgen in den Art. 24—27 Bestimmungen über die handeltreibende Ehefrau, die z. gr. Th. dem spanischen H.G.B. entlehnt sind. Abweichend ist nur, daß in Port. wie für Minderjährige überhaupt so auch für

Digitized by Google

Ehefrauen die Fähigkeit zum Handelsbetrieb schon mit dem Alter von 18 Jahren eintritt. Ebenso bezieht sich die bereits mit Rücksicht auf die Minderjährigen angef. Bestimmung (oben S. 168), daß bei der Verpfändung von Grundstücken im Streitfall dem Gläubiger der Nachweis des Zusammenhangs mit dem Handelsgewerbe obliegt, auch auf Handelsfrauen. Hinzugefügt ist ferner eine Vorschrift über den Widerruf des ehemännlichen Consenses. Derselbe muß in öffentlicher Urkunde unter Angabe der Gründe ausgesprochen, vom Gericht bestätigt, in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht werden.

Keine hierher gehörige Bestimmung findet sich im Ungar. H.G.B.

II. Entwürfe. (Blos redactionelle Aenderungen, die im Lauf der Berathungen vorgenommen sind, s. in den Anm. zu § 34, 35.) Er. Tit. 1 Art. 12 beschränkt sich auf die Bestimmung, daß der Handelsfrau, auch wenn sie bei der Betreibung des Handelsgewerbes nicht thätig ist, in Betreff ihrer Handelsgeschäfte die Berufung auf die Rechtswohlthaten der Frauen nicht zusteht. Im Uebrigen wird wie beim minderjährigen Kaufmann auf die partikularrechtlichen Vorschriften verwiesen. — Pr. 4—7 entspricht unserem Art. 6—8. Ein Unterschied in der Anordnung ist, daß unser Art. 7 [3] in Pr. zuletzt steht. Inhaltliche Abweichungen sind: a) Pr. 6 [3] nimmt wie der Co. im Fall der Gütergemeinschaft eine Verpflichtung des Mannes für die Handelsschulden der Frau an; b) es fehlt eine unserem Art. 9 entsprechende Bestimmung. Alle übrigen Verschiedenheiten betreffen lediglich die Fassung. — In E. I 4—7 sind die vorerwähnten Abweichungen bereits sämmtlich dem gegenwärtigen Text entsprechend geändert, nur lautet der auf die Gütergemeinschaft bezügliche Passus (Art. 6 [2]) noch nicht vollständig so wie im H.G.B., sondern beschränkt sich darauf, die Haftung des gemeinschaftlichen Vermögens auszusprechen (oben § 35 Anm. 26). — Dafür ist eine neue Differenz hinzugekommen, indem der Bestimmung (Art. 5 [1]), daß die Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein kann, die Maßgabe beigefügt ist: „sofern die Landesgesetze nicht ein Anderes bestimmen.“ — Dieser letztere Vorbehalt findet sich auch noch in E. II, dessen Art. 5—8 sonst wörtlich mit dem H.G.B. übereinstimmen. — Aus den Prot. gehören hierher S. 15—20 (1. Les. 2. Sitzung), S. 886—892, 1261 (2. Les. 100., 101., 152. Sitzung) S. 4508 (3. Les. 549. Sitzung), Zusammenstell. der Erinnerungen 10—14.

W. enthält Bestimmungen über die Handelsfrau in den Art. 6, 7; dazu Mot. S. 24 fg. Die Ehefrau bedarf der Einwilligung des Mannes, um Handelsfrau zu sein. Stillschweigende Einwilligung reicht nach den Mot. regelmäßig nicht aus, weil der die Kaufmannseigenschaft bedingende Eintrag in die Handelsmatrikel von der Einwilligung abhängt. Ausnahme nur, wenn die Frau zur Zeit der Verheirathung bereits Handelsfrau war. Verpflichtungsfähigkeit und Haftung der uxor mercatrix sind wesentlich übereinstimmend mit unserem Art. 8 [1, 2] geordnet; die Haftung des Mannes bei gütergemeinschaftlicher Ehe ist mit den Worten ausgesprochen: „Sie kann sogar den Mann verbinden, wenn sie in Gütergemeinschaft mit ihm lebt.“ — Nur bei freiwilligen Veräußerungen und Verpfändungen eigner oder gemeinschaftlicher Liegenschaften, die nicht zum Handelsbetrieb bestimmt sind, ist sie an die Einwilligung des Mannes gebunden. — In Bezug auf die Handelsfrauen im Allgemeinen wird nur gesagt, daß sie bei Bürgschaften in Handelssachen nicht an die sonstigen gesetzlichen Bestimmungen über Frauenbürgschaften gebunden sind.

Digitized by Google

Or. und Om. enthalten keine hierher gehörigen Bestimmungen.

III. Einführungsgesetze. 1) Mecklenburg 8, Hannover 3, Holstein-Schleswig 5 befreien die unverheirathete Handelsfrau von der Geschlechtsvormundschaft. 2) Uxor mercatrix: a) Zur Eintragung einer verheiratheten Frau in das Handelsregister wird der Nachweis der ehemännlichen Einwilligung verlangt: Mecklenburg 8, Bremen 3, Hannover 3, Oldenburg 3, Schaumburg-Lippe 1 (§ 35 Anm. 4). b) Eine Ergänzung des ehemännlichen Consenses ist statthaft (oben § 35 Anm. 13 ff.): α) auf Ansuchen der Frau durch den Richter, wenn aus der amtlichen Verhandlung sich ergiebt, daß durch den Handelsbetrieb der Frau die Rechte des Mannes nicht gefährdet sind, Oesterreich 6; hierzu Blodig Z. 6. 83; β) wenn der Mann abwesend oder handlungsunfähig ist, Oldenburg 3; wenn er durch Abwesenheit, Geistesschwäche oder aus anderen Gründen behindert ist, Holstein-Schlesw. 6; in den Fällen der Minderjährigkeit, Abwesenheit, Entmündigung des Ehemannes, Baden 6; wenn der Mann abwesend, geisteskrank oder für einen Verschwender erklärt ist, Württemb. 8, Hannover 3, Schaumburg 1; blos in den beiden ersten Fällen Mecklenb. 8, Bremen 3. Die Genehmigung ist zu ertheilen: von den gesetzlichen Vertretern des Mannes Oldenb. 3, durch einen Pfleger unter Zustimmung der Vormundschaftsbehörde Württemb. 8, vom Gericht Baden 6, Bremen 3, Holstein-Schleswig 6, Hannover 3 (das letztgenannte E.G. fordert, daß vor der Ermächtigung der für den Ehemann bestellte oder ad hoc zu bestellende Curator gehört werde). — γ) In Betreff der von Tisch und Bett geschiedenen Ehefrau wird gerichtliche Ermächtigung für statthaft erklärt, wenn der Ehemann den Consens verweigert, Baden 6, während Hamburg 5, Holst.-Schleswig 7 von der Einwilligung des Mannes überhaupt absehen, falls eine gerichtliche Vermögensauseinandersetzung stattgefunden hat. (Oben § 35 Anm. 12, 17). c) Die Eintragung der ehemännlichen Einwilligung in das Handelsregister ist vorgeschrieben Bremen 4; die gerichtliche Ermächtigung ist einzutragen, ohne daß indeß die Wirksamkeit von der Eintragung abhängt Baden 6 (oben Anm. 4). d) Widerruf der Einwilligung (hierzu oben Anm. 7, 13, 19). Der Ehemann kann nicht nur die von ihm selbst, sondern auch die während seiner Behinderung für ihn ertheilte Ermächtigung (letztere natürlich erst nach Wegfall des Hindernisses) zurücknehmen, Baden 7, Württemb. 9. Der Widerruf kann auch während der Behinderung des Mannes oder wenn der von Tisch und Bett geschiedenen Ehefrau eine gerichtliche Ermächtigung ertheilt war, durch das Amtsgericht auf Antrag des Mannes, bezw. seines Vormunds und nach Anhörung der Frau erfolgen Baden 7. Der Widerruf darf nicht unredlicher Weise noch zur Unzeit (nicht zur Unzeit) geschehen Württemb. 9, Baden 7. (Im bad. E.G. wird hierbei auf die analogen Bestimmungen des bad. Landrechts über die Aufkündigung der Sozietät, Satz 1869 fg., verwiesen.) Die Frau kann binnen acht Tagen nach Erklärung des Widerrufs beim Handelsgericht Einspruch hiergegen erheben. Bis zur Entscheidung der Gerichte kann sie den Handelsbetrieb fortsetzen, Württemb. 9. Der Widerruf muß in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht werden Baden 9, Bremen 3. Der Widerruf kann, und zwar bei allen Handelsfrauen, auch bei denen minderen Rechts, zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Eintragung und Veröffentlichung müssen erfolgen, wenn die Frist zur Erhebung des Einspruchs

Digitized by Google

verstrichen oder der Einspruch zurückgenommen oder für unbegründet erklärt ist, Württemb. 10, Bekanntmachung ebdas. 16. In Bezug auf die Folgen der geschehenen oder unterlassenen Eintragung bringen die drei genannten E.gesetze das Princip des Art. 25 zur Anwendung. — e) Ueber die Dispositionsbefugniß der handeltreibenden Ehefrau (oben Anm. 22) verhalten sich α) Württemb. 11: die in Errungenschaftsgemeinschaft oder allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Handelsfrau kann außer ihrem Sondergut die zur Gemeinschaft gehörigen Fahrnißstücke und Forderungen unter lästigem Titel veräußern und verpfänden. β) die für die Gebiete des französischen Rechts bestimmten E.gesetze: Preußen 39, Baiern 4², Großh. Hessen 26, Baden 5, (Hessen-Homb. 24), Elsaß-Lothr. 24. Dieselben halten sämmtlich die Bestimmung des Co. 7 aufrecht, Preußen, Hessen und Elsaß-Lothr. mit der Declaration, daß der Frau die hier erwähnten Verfügungen nur in Bezug auf ihren Handelsbetrieb zustehen. — f) In Bezug auf die Haftung des Mannes für die Handelsschulden der Frau (oben Anm. 26) wird in den vorgen. Gesetzen die Fortgeltung von Code civil 220 ausgesprochen, in Baden mit dem Zusatz, daß die gesetzliche Haftung Dritten gegenüber weder durch eine einseitige Erklärung eines Ehegatten, noch durch eine Uebereinkunft beider aufgehoben oder beschränkt werden kann. Nach Preußen 19 (für die landrechtlichen Gebiete) und Holstein-Schleswig 9 bleiben auch diejenigen Bestimmungen des bisherigen Rechts unberührt, welche den Ehemann außerhalb des Falles der Gütergemeinschaft unter gewissen Voraussetzungen für die Handelsschulden der Frau haften lassen. Nach Lübeck 2 haftet der Ehemann mit seinem persönlichen Vermögen, wenn er nicht eine die Haftung ablehnende oder beschränkende Erklärung vor dem Handelsgericht abgiebt, die von diesem binnen drei Tagen gemäß Art. 13 H.G.B. zu veröffentlichen ist und Dritten gegenüber erst vom Tage der Bekanntmachung an wirkt. Dazu ebdas. Bestimmungen für den Fall, daß eine solche Erklärung erst abgegeben wird, nachdem die Ehefrau bereits Handelsfrau ist.

§ 36.

Umfang des Gewerbebetriebs. Vollkaufmann und Kaufmann minderen Rechts.[1])

Der Unterschied zwischen Groß- und Kleinbetrieb[2]) ist für das heutige Handelsrecht in der Regel bedeutungslos. Namentlich ist die Anwendbarkeit der Vorschriften des H.G.B.'s regelmäßig nicht

[1]) Go. § 46 S. 521 ff.; Thöl § 39; Endem. § 13; v. Hahn, v. Völdernd. zum Art. 10; Noack Feststellung und Ermittelung der Verbindlichkeit zur Firmenanmeldung in Bu. 2. 18 ff. Auch die Abhandlungen, welche speciell die Kaufmannseigenschaft der Handwerker erörtern, gehören hierher, vgl. insbesondere Bu. 1. 452 (Voigtel); 3. 137 (Weinhagen); 3. 413 (Ladenburg); 8. 337 (Noack); dazu aus der fremden Literatur ebenfalls über diese Frage Pard. 1. 81; Bédarr. 1. 36 ss.; Massé I. 19; IV. 2498; Lyon I. 83; Namur I. 48; Kist I bl. 19 v.; Holtius I bl. 54.

[2]) Oben § 4 S. 7 f.

Digitized by Google

an einen bestimmten Umfang des Gewerbebetriebs geknüpft. Diese Regel erleidet indeß drei Ausnahmen, von denen zwei schon anderweit Erwähnung gefunden haben, die dritte dagegen, weil sie die persönliche Stellung des Kaufmanns betrifft, hier näher zu erörtern ist: 1) Drei Handelsgewerbegeschäfte: die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen, die Geschäfte des Personentransports zu Lande, auf Flüssen und Binnengewässern und die Geschäfte der Druckereien gelten nur dann als Handelsgeschäfte, wenn sie in größerem Umfang betrieben werden.[3]) Der Kleinbetrieb ist in diesen Fällen überhaupt kein Handelsbetrieb, die innerhalb desselben geschlossenen Geschäfte sind nicht nach Handelsrecht, sondern nach bürgerlichem Recht zu beurtheilen, und begründen, auch wenn gewerbmäßig ausgeführt, nicht die Eigenschaft des Kaufmannes. 2) Die Weiterveräußerungen der Handwerker sind, insoweit sie nur in Ausübung des Handwerksbetriebes geschehen, keine Handelsgeschäfte.[4]) Diese Bestimmung bezieht sich auf diejenigen Handwerker, die, weil sie gewerbmäßig Waaren behufs der Weiterveräußerung anschaffen, zugleich Kaufleute im Sinne des H.G.B.'s sind. Sie trifft aber lediglich das Realisationsgeschäft der Weiterveräußerung, nicht die vorhergehende Anschaffung, auch werden alle sonst aus der Kaufmannseigenschaft solcher Handwerker sich ergebenden Consequenzen durch sie nicht berührt.[4a]) 3) Gewisse Handeltreibende sind nicht sämmtlicher kaufmännischer Rechte und Pflichten theilhaftig. Das Gesetz weist ihnen eine Sonderstellung an, vermöge deren sie hinsichtlich einzelner Rechtsinstitute nicht als Kaufleute gelten. Durch Goldschmidt ist für die in dieser Weise eximirten Gewerbtreibenden die Bezeichnung Kaufleute minderen Rechts oder Minderkaufleute im Gegensatz zu den Vollkaufleuten (Kaufleute optimo jure) üblich geworden.[5]) Die an die

[3]) Oben § 27 Nr. 1, 3, 5. Hier wie überall, wo ein Betrieb in größerem Umfang gefordert wird, läßt sich die Grenze nur concret und nicht nach bestimmten äußeren Merkmalen feststellen, § 27 Anm. 9, 18, 33, s. auch Z. 20. 598 (O.Tr. Berl. 70).

[4]) Oben § 28 S. 131 f.

[4a]) R. 4. 48 (240); 7. 62 (249); 11. 81 (241); Bu. 5. 240 (A.G. Cöln 64); unrichtig Z. 13. 621, 627 (Dresden 64); Bu. 21. 77 (Oesterr. 69.).

[5]) Go. S. 521. Dagegen ist es seit dem Ges. v. 11. Juni 1870 nicht mehr zutreffend, die hierher gehörigen Gewerbtreibenden als die von dem Handelsregister ausgeschlossenen Kaufleute (Go. S. 526) zu bezeichnen, vgl. unten zu Anm. 15.

Digitized by Google

Spitze dieses § gestellte Regel findet auch auf die Kaufleute minderen Rechts Anwendung. Sie stehen, soweit das Gesetz keine Ausnahmen macht, den Vollkaufleuten gleich[6]) und sind ebenso wie diese den Bestimmungen des H.G.B.'s unterworfen.[7])

Die Sonderstellung der Kaufleute minderen Rechts bezieht sich auf folgende Rechtsinstitute: die Firma, die Handelsbücher, die Prokura und die Handelsgesellschaften.[8]) Sie sind in diesen Beziehungen wie Nichtkaufleute, daher auch nicht etwa nach dem früheren durch das H.G.B. beseitigten Handelsrecht[9]) zu beurtheilen. Insbesondere ist a) der Minderkaufmann weder verpflichtet noch auch nur befugt, eine Firma zu führen; in Bezug auf die Statthaftigkeit eines eigenen Geschäftsnamens entscheiden bei ihm die Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen und bezw. öffentlichen Rechts über die Namensführung.[10]) Mit der Firma ist ihm zugleich der Schutz der

---

[6]) R. 7. 62 (239); 10. 52 (242); 12. 31 (97); 14. 81 (260); 24. 68; Bu. 1. 97, 572 (A.G. Dresden 62); 5. 240, 312 (Cöln, Nürnb. 64); Go. a. a. O. Anm. 28c.

[7]) Ebenso allen anderen Gesetzen, welche sich auf Kaufleute im Sinne des H.G.B.'s beziehen, — insbesondere gilt dies auch für die Competenzbestimmung der Kammern für Handelssachen, § 101 D. G.V.G., ebenso früher in Bezug auf das Reichsgesetz vom 12. Juni 1869, Go. a. a. O. Anm. 29. Daß landesgesetzliche Vorschriften, die von Kaufleuten handeln, auf die Vollkaufleute zu beschränken sind, ist hierdurch nicht ausgeschlossen, R. 1. 59 (179), oben § 24 Anm. 14, 15. Ebenso giebt es außer den im Text genannten Instituten Rechtsverhältnisse, welche zwar den Minderkaufleuten nicht unzugänglich, aber doch ihrer Natur nach nicht für den kleinen Gewerbsmann bestimmt und daher in den Kreisen desselben wenig gebräuchlich sind. Dahin gehört namentlich das eigentliche Contocorrentverhältniß, R. 2. 100 (443); 12. 27 (71 f.). Auch sonst können Handelsgebräuche, sowohl im eigentlichen Sinn wie als Usancen sich besonders für Vollkaufleute, ebenso aber auch speciell für Kaufleute m. R.'s bilden, oben § 18 zu Anm. 17; Go. a. a. O.

[8]) Art. 10 [1],[2]: Die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokuren enthält, finden auf (die im Ges. benannten Personen) keine Anwendung. — Vereinigungen zum Betrieb eines Handelsgewerbes, auf welches die bezeichneten Bestimmungen keine Anwendung finden, gelten nicht als Handelsgesellschaften. Zur Redaktionsgeschichte Go. Anm. 20, 29, 33; s. auch Zus. am Schluß d. §.

[9]) So Thöl, dagegen namentlich v. Hahn, auch Go. Anm. 30—34.

[10]) Nach diesen Grundsätzen sind mithin insbesondere die Fragen zu entscheiden, ob die Kaufleute m. R.'s sich in ihrem Gewerbebetrieb eines anderen als ihres bürgerlichen Namens bedienen dürfen, ob und inwieweit sie hierbei durch die gleichlautenden Namen anderer Gewerbtreibender beschränkt sind, ob sie bei einem Einzel-

Digitized by Google

Waarenzeichen nach dem Reichsgesetz vom 30. November 1874 entzogen.[11]) b) Er hat nicht die Pflicht der kaufmännischen Buchführung[12]) und auf seine geschäftlichen Aufzeichnungen finden die Bestimmungen über Handelsbücher keine Anwendung.[13]) c) Er kann keine Prokura ertheilen. Bedient sich ein Kaufmann minderen Rechts bei einer von ihm ausgehenden Vollmacht dieser Bezeichnung, so treten doch die der Prokura eigenthümlichen Wirkungen nicht ein; ob eine solche Vollmacht als Handlungsvollmacht aufrecht zu erhalten, ist eine Interpretationsfrage, die im Zweifel zu bejahen sein wird.[14]) d) In Betreff der Handelsgesellschaften hat eine Aenderung der Gesetzgebung stattgefunden. Das H.G.B. betrachtet Vereinigungen zum Betrieb eines Handelsgewerbes, welches den Einzelkaufmann zu einem Kauf-

---

betrieb einen auf das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses hinweisenden Zusatz annehmen dürfen oder umgekehrt einen solchen annehmen müssen, wenn ein gemeinschaftlicher Handelsbetrieb vorliegt. Bedient sich ein Kaufmann m. R.'s eines Geschäftsnamens, zu dessen Führung er hiernach nicht befugt ist, so kann auf Grund von Art. 26 ² gegen ihn eingeschritten werden; ebenso findet Art. 27 sowohl für wie gegen die Kaufleute m. R.'s Anwendung. Unanwendbar ist dagegen Art. 20, v. Hahn S. 43 f.; v. Völdernd. S. 74; Go. Anm. 31. Einführungsgesetze s. Zus.

[11]) §§ 1, 4 des angef. Ges. Der Schutz des § 13 ebendas. steht auch Kaufleuten minderen Rechts zu.

[12]) Darin liegt nicht nur, daß er keine Handelsbücher zn führen braucht, sondern auch, daß er der Verpflichtung zur Aufstellung von Inventar und Bilanz sowie zur zehnjährigen Aufbewahrung seiner Scripturen überhoben ist.

[13]) Die Frage, nach welchen Normen dieselben zu beurtheilen sind (Anm. 9) ist durch § 13 Nr. 2 des Einf. Ges. zur R.Civ.Pr.O. sehr vereinfacht. Gegenwärtig kommen hierbei nur noch die Vorschriften über die Edition der Handelsbücher (H.G.B. 37 ¹, 38, 40) in Betracht. Die geschäftlichen Aufzeichnungen der Minderkaufleute sind in dieser Hinsicht wie gewöhnliche Urkunden zu behandeln. Nach bisherigem Recht galten die Kaufleute m. R.'s übrigens auch, wenn es sich um einen durch Handelsbücher gegen sie zu erbringenden Beweis handelte, als Nichtkauflente. Vgl. hierzu Keyßner in Bu. 2 S. 301 ff.; R. 5. 92 (400); 14. 81 (260), s. auch unten § 42.

[14]) Es kommen die Grundsätze von der Conversion zur Anwendung, Windscheid § 82 Nr. 5. Nur dann wenn der Minderkaufmann eine Prokura im Sinne des H.G.B.'s, aber keine beschränktere Vollmacht ertheilen wollte, ist seine Willenserklärung, weil auf etwas rechtlich Unmögliches abzielend, ungültig. Go. Anm. 32, v. Hahn S. 44; v. Völdernd S. 77; Thöl § 56 S. 193 (seit der 5. Aufl.). Vollmacht wird meist zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes, kann aber auch in beschränkterem Umfang gewollt sein. Aus der Form, in der die angebliche Prokura ertheilt ist, läßt sich keine sichere Entscheidung hierüber treffen.

Digitized by Google

mann minderen Rechts machen würde, nicht als Handelsgesellschaften. Seit dem Gesetz vom 11. Juni 1870 gilt diese Bestimmung indeß nicht mehr für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Da dieselben stets, gleichviel worin der Gegenstand ihres Unternehmens besteht, als Handelsgesellschaften angesehen werden,[15]) so verlieren sie diesen Charakter auch dann nicht, wenn sie in den Bereich der Kaufleute minderen Rechts gehören.[15a]) Dagegen ist die Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft und einer einfachen Kommanditgesellschaft Behufs des Betriebes eines derartigen Handelsgewerbes nicht möglich.[16])

Kaufleute minderen Rechts sind nach dem H.G.B.[17]): a) Wirthe;

---

[15]) Art. 10[2] s. oben Anm. 8. v. Hahn S. 45. Anders in Oesterreich B u. 28. 420 f.; 30. 104.

[15a]) Go. Anm. 20; v. Hahn zu Art. 10 § 6, oben S. 104 f.

[16]) Wird zum Behuf eines derartigen Handelsbetriebs eine Gesellschaft in der Form einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft geschlossen, so ist wiederum nicht auf das frühere H.R., sondern auf das bürgerliche Recht zurückzugehen, Go. und v. Hahn a. a O. Soweit indeß die Beziehungen der Socien zu einander oder zu dritten Personen sich als ein Handelsgeschäft darstellen, gehen dem bürgerlichen Recht die Bestimmungen des vierten Buches des H.G.B.'s und eventuell die Handelsgebräuche vor. Dritten gegenüber wird demnach in diesem Fall auf Grund von Art. 280 H.G.B.'s Solidarhaft anzunehmen sein. Sofern die zur Anwendung kommenden Rechtssätze einen blos dispositiven Charakter haben, weichen sie natürlich den Verabredungen der Parteien. Daher kann das innere Verhältniß der Socien zu einander auch bei den Vereinigungen der Minderkaufleute so gestaltet sein, daß es im Wesentlichen den im HGB. in Betreff der offenen Gesellschaft oder der Kommanditgesellschaft aufgestellten Normen (Art. 90—109, 157—162) entspricht. Ob und inwieweit die Socien dies beabsichtigt haben, ist quaestio facti; daraus, daß sie bei Errichtung der Gesellschaft sich der Bezeichnung offene G. oder Kommanditgesellschaft bedient haben, wird sich nicht immer ein sicherer Schluß ziehen lassen. Nicht unzugänglich sind den im Art. 10 genannten Kaufleuten die im 3. Buch des H.G.B.'s geregelten s. g. uneigentlichen Handelsgesellschaften (stille Gesellschaft und Vereinigung zu einzelnen Handelsgesellschaften). Vgl. auch die folg. Anm.; über die E.gesetze s. Zus. III S. 200.*

[17]) Go. a. a. O. S. 533 meint, Art. 10 finde nur auf diejenigen Personen Anwendung, die ausschließlich eines oder mehrere der daselbst genannten Gewerbe betreiben. Der Betrieb jedes anderen Gewerbes mache den Betreibenden schlechthin zum Vollkaufmann. „Der Vollkaufmannsstand ist untheilbar. Niemand kann zugleich Vollkaufmann und Kaufmann m. R.'s sein." Diese Sätze würden richtig sein, wenn die Eigenschaft des Kaufmannes und bezw. des Vollkaufmannes in der That als Standeseigenschaft aufzufassen wäre, denn dem

Digitized by Google

Stand als rechtlicher Qualification der Person kommt allerdings eine individua causa zu. Niemand kann zugleich frei und unfrei, adlig und bürgerlich, Haussohn und sui juris sein. Wir kennen aber ebensowenig einen „Vollkaufmanns-" wie überhaupt einen Kaufmannsstand in diesem Sinn. Wie es möglich ist, daß eine Person, die mehrere Gewerbe betreibt, gleichzeitig Kaufmann und Nichtkaufmann sein kann (oben § 24 Anm. 5), ebenso ist es auch denkbar, daß Jemand rücksichtlich eines Gewerbes Vollkaufmann, rücksichtlich eines anderen Kaufmann m. R.'s sei. Goldschmidt's Ansicht, daß in solchen Fällen die Eigenschaft des Vollkaufmanns auch für das dem Bereich der Minderkaufleute angehörige Gewerbe durchgreife, ist nur da zutreffend, wo die mehreren Gewerbe zusammen einen Gesammtbetrieb bilden, nicht dagegen, wo sie unabhängig von einander betrieben werden. Ob ein Verhältniß der ersteren oder letzteren Art vorliegt, muß nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles beurtheilt werden. Die Firma, auf die Thöl I. S. 176 allein Gewicht legt, ist ein wenn auch bedeutsames, doch nicht unbedingt maßgebendes Kriterium. Wenn Jemand unter seinem Namen ein Bankgeschäft und eine Hôtelwirthschaft betreibt, so können trotz der Gleichheit der gewerblichen Bezeichnung die beiden Geschäfte getrennt neben einander bestehen. Andererseits läßt sich aus der Verschiedenheit der Bezeichnung nicht immer auf Getrenntheit des Betriebs schließen. — Goldschmidt macht gegen die hier vertretene Ansicht zwei Argumente geltend: 1) Die von einem Vollkaufmann ertheilte Prokura erstrecke sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes (H.G.B. 42), also auch eines der im H.G.B. ausgenommenen mit sich bringe, der Vollkaufmann könne mithin um des geringeren Handelsgewerbes willen nicht Kaufmann m. R.'s sein, sonst stünde ihm gegen das Gesetz die Befugniß zu, einen Prokuristen für dieses zu haben. Hiergegen ist indeß zu bemerken: Wenn ein Vollkaufmann, der zugleich Kaufmann m. R.'s ist, einen Prokuristen bestellt, so ist dieser doch nur Prokurist des Vollkaufmannes, nicht des Kaufmannes m. R.'s. Möglicherweise kann er Handlungsbevollmächtigter des letzteren sein. Hieran wird durch den Umstand nichts geändert, daß er in seiner Eigenschaft als Prokurist Rechtshandlungen vornehmen kann, die außerhalb desjenigen Gewerbebetriebs liegen, für welchen ihm Prokura ertheilt ist, also auch Rechtshandlungen, die den geringeren Gewerbebetrieb seines Prinzipals betreffen. 2) Der Vollkaufmann sei nach Art. 28 H.G.B. zur Aufzeichnung aller seiner Handelsgeschäfte verpflichtet, ein Sortiments- und Verlagsbuchhändler also auch für das außerdem etwa geführte geringfügige Antiquariatsgeschäft. — Dies ist aber nur richtig, wenn die beiden Geschäfte sich nicht als zwei getrennte Arten des Betriebs darstellen. Findet eine vollständige Trennung des Betriebs statt, so wird der Vollkaufmann zwar das Ergebniß seines geringfügigen Gewerbebetriebs den Handelsbüchern insoweit einzuverleiben haben, als erforderlich ist, um die Lage seines Vermögens ersichtlich zu machen, nicht aber treffen ihn in Bezug auf diesen selbst die Verpflichtungen der kaufmännischen Buchführung. — Aus dem hier Erörterten ergiebt sich zugleich, inwiefern der Kaufmann m. R.'s Mitglied einer Handelsgesellschaft sein kann. Unzweifelhaft ist ihm die Betheiligung an der Kommanditgesellschaft in der Stellung eines Kommanditisten gestattet. Aber auch die Stellung des offenen Gesellschafters sowie die eines Komplementars bei der Kommanditgesellschaft benimmt ihm nicht

Digitized by Google

b) Höker, Trödler, Hausirer [18]); c) Handelsleute, die ein den zu b. genannten ähnliches Gewerbe betreiben, vorausgesetzt, daß dasselbe von geringem Umfang ist [19]); d) gewöhnliche Fuhrleute und gewöhnliche Schiffer, d. h. Personen, die das Transportgewerbe in geringem Umfang betreiben, sofern sie überhaupt Kaufleute sind; [20]) e) Handwerker, die Kaufleute sind, sofern ihr Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Handwerks hinausgeht. [21]) Im Allgemeinen bezeichnen die hier genannten Gewerbtreibenden diejenigen Fälle, in denen zwar nach den Begriffsbestimmungen des H.G.B.'s die Kaufmannseigenschaft begründet ist, gleichwohl aber eine kaufmännische Einrichtung des Betriebs nicht stattzufinden pflegt und auch entbehrlich ist. Bei den zu a. und b. erwähnten Geschäftsleuten kommt es auf den Umfang des Gewerbebetriebs nicht an. Der Ausdruck Wirthe begreift Gast- und Schankwirthe jeder Art, also auch große Restaurateure und Hôtelbesitzer, [22]) ebenso gehören Höker, Trödler und Hausirer auch dann hierher, wenn sie ihr Gewerbe ausnahmsweise in größerem Umfang betreiben. [23]) Die übrigen vor-

---

die Eigenschaft eines Kaufmannes m. R.'s hinsichtlich eines von dem Gesellschaftsgeschäft getrennt bestehenden geringfügigen Gewerbebetriebs.

[18]) Zur Begriffsbestimmung oben § 4 S. 8.

[19]) Art. 10: Dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb. Uebereinstimmend Go. Anm. 36, v. Hahn I. S. 46; anders Thöl S. 145; v. Völdernd. S. 79. Vgl. auch Bu. 1. 527; Z. 6. 557 (Sächs. Just.-Min. 62); Bu. 9. 111 (K.G. Berl. 66); 13. 407 (Puchelt).

[20]) Also nicht diejenigen, die blos das Gewerbe des Personentransportes zu Lande oder auf Binnengewässern in geringem Umfang betreiben, oben § 27 S. 122.

[21]) Art. 10: Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht. — Vgl. Zus. zu § 24 S. 101. — Ueber die in dieser Hinsicht erforderliche thatsächliche Feststellung R.St. 1. 177 (379 ff.). — Handwerker, die gewerbmäßig Handelsgeschäfte treiben, sind nur dann Vollkaufleute, wenn der Betrieb des Handelsgeschäfts den Umfang des Handwerksbetriebes überschreitet oder wenn sie ein nicht im Zusammenhang mit dem Handwerk stehendes Handelsgewerbe betreiben, welches an sich geeignet ist, die Eigenschaft des Vollkaufmannes zu begründen. In letzterem Fall sind sie zugleich Voll- und Minderkaufleute; oben Anm. 17.

[22]) Go. Anm. 37; Thöl S. 145; v. Hahn S. 47; v. Völdernd. S. 82; R. 10. 52 (242); 24. 68 (270); Bu. 2. 211; 5. 312 (Nürnb. 63, 64); 6. 16; 11. 347 (O.Trib. Berl. 64, 67); 12. 21 (A.G. Dresden 66); schwankend der österreich. ob Ger.hof Cl. u. A. 1. 122; 3. 415; Bu. 21. 77.

[23]) So auch Go und v. Hahn; a. M Thöl, v. Völdernd. — Vgl. Z. 7. 500 (A G. Cöln 63); Bu. 11. 221 (O.Tr. Berl. 67).

Digitized by Google

stehend aufgeführten Kategorien gehören sämmtlich dem Kleinbetrieb an.[24])

Der Kreis der Kaufleute minderen Rechts ist im H.G.B. nur subsidiär bestimmt; den Landesgesetzen ist die Befugniß vorbehalten, denselben sowohl weiter wie enger zu ziehen.[25]) In der Einzelgesetzgebung ist von dieser Befugniß zum Theil ein sehr ausgedehnter Gebrauch gemacht.[26])

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebungen. Die französische Jurisprudenz versteht, wie bereits oben S. 126 f. bemerkt, unter der entreprise de manufacture im Co. 632[2] gleich dem Art. 272[1] unseres H.G.B.'s nur den über den Umfang des Handwerks hinausgehenden Betrieb, scheidet daher bezüglich desselben den artisan vom commerçant. Die Grenze wird wie bei uns richterlichem Ermessen anheimgestellt. Für weitere Unterscheidungen zwischen Groß- und Kleinbetrieb bietet das französische Gesetzbuch dagegen keine Anhaltspunkte dar. Bei der entreprise de transport, Co. 632[2] ist der Kleinbetrieb nicht ausgeschlossen; die Geschäfte der Druckereien werden unter den Handelsgeschäften nicht erwähnt; ebensowenig sind Bestimmungen vorhanden, die sich unseren Art. 273[3] und 10 an die Seite stellen lassen. Jeder, der gewerbmäßig Handelsgeschäfte betreibt, ist Vollkaufmann. Dies gilt insbesondere auch von der gewerblichen Anschaffung zum Zweck der Weiterveräußerung. Allerdings wollen einzelne Autoren, z. B. Pard. I. No. 81; Lyon I. No. 45, auch in diesem Fall den geringfügigen Gewerbebetrieb ausnehmen; ihre Ansicht steht indeß mit dem Gesetz nicht im Einklang und ist auch in der Praxis nicht herrschend geworden. Aehnlich dem französischen Recht berücksichtigen auch Italien und Belgien den Umfang des Gewerbebetriebs nur indirekt bei Aufzählung der Handelsgeschäfte; von ersterem gehören art 2[2], [8], von letzterem art. 2[2] hierher (oben S. 126). Holland ent-

---

[24]) Die Frage, ob Jemand Kaufmann m. R.'s ist, beruht überall da, wo es auf den Umfang des Gewerbebetriebs ankommt, auf der Würdigung des einzelnen Falles und ist daher in allen diesen Fällen rein Sache thatsächlicher Feststellung. Ebenso aber auch, wenn es sich bei den zu c. bezeichneten Gewerbtreibenden darum handelt, ob ein den Hökern, Tröblern oder Hausirern ähnliches Gewerbe vorliegt. Die Feststellung kann gemäß § 209[3], [4], 210[2], [3] R.Konk.O. (früher 281[3], [4], 283[2], [3] R.Str.G.B.) auch dem Strafrichter obliegen, der hierbei nicht an die Auffassung des Civil- und bezw. Registerrichters gebunden ist: R.Str.Proz.O. 261 und dazu Löwe Anm. 1. Vgl. auch Bu. 3. 441 ff. (A.G. Dresd. 64); Bu. 7. 157; Z. 20. 598; Bu. 39. 105 (O.Trib. Berlin 64, 70, 78).

[25]) Der Vorbehalt für die Landesgesetze geht dahin: a) die vorbezeichneten Klassen der Kaufleute m. R.'s genauer festzustellen, Art. 10[1]; b) zu verordnen, daß die Bestimmungen über Firmen, Handelsbücher und Prokuren noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden, oder umgekehrt, „daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes Anwendung finden sollen." Art. 10[3]. Hierzu besonders v. Hahn, auch Zus. II.

[26]) Zus. III a. Schluß des §.

Digitized by Google

hält gar keine Bestimmung, die auf eine Sonderstellung des geringfügigen Gewerbebetriebs hinweist; es fehlt hier selbst eine unserem Art. 272[1] entsprechende Vorschrift. Der Kleinbetrieb, insoweit er sich auf die gewerbmäßige Ausübung von Handelsgeschäften richtet, fällt demnach in allen Beziehungen unter das Handelsrecht, Levy het alg. d. handelswetb. art. 10. Dahin gehört insbesondere auch der Handwerker, der gewerbmäßig Waaren anschafft, um sie roh oder verarbeitet weiter zu veräußern; Kist I. bl. 19; a. M. Levy zu Art. 272[1]; Holtius I. bl. 54. — Spanien und Portugal privilegiren die Detailhändler (Span.: mercaderes o comerciantes por menor; Port.: mercadores de retalho) in Bezug auf Bilanz und Buchführung: sie brauchen erstere nur alle drei Jahr aufzustellen und im Journal nicht die einzelnen von ihnen abgeschlossenen Verkäufe, sondern nur die Kassaverkäufe nach ihrem täglichen Gesammtbetrage zu buchen, während die nicht per cassa geschlossenen gar nicht durch das Journal zu gehen brauchen, sondern gleich in das Riscontro eingetragen werden. Zu den Detailhändlern gehören diejenigen, die nach einzelnen Ellen, bei Gewichtswaaren und Hohlmaaßen unter einer arroba, bei Waaren, die gezählt werden, stückweise verkaufen. Span. 38, 39; Port. 96, 228, 229. Uebrigens unterscheidet die spanische Jurisprudenz ganz ähnlich wie die französische zwischen fabricantes o manufactureros und artesanes und dasselbe wird wohl auch nach portugies. Recht anzunehmen sein, s. oben S. 92. — Ungarn 259[1, 3, 5] ist gleich unserem Art. 272[1, 3, 4], nur daß dort im ersten und letzten Fall ein „den Umfang des Kleingewerbes" übersteigender Betrieb gefordert wird. Dasselbe Erforderniß wird in § 259[6] für die ebenfalls zu den subjektiven Handelsgeschäften gezählten Geschäfte der Selbstproduction und des Montangewerbes aufgestellt. Nach § 260 Abs. 2 gelten die von Handwerkern vorgenommenen Veräußerungen, „sofern sie einzig und allein als zum Betrieb ihres Gewerbes gehörig erscheinen," nicht als Handelsgeschäfte. § 5 entspricht unserem Art. 10. Zu den Minderkaufleuten werden gerechnet Höker und Hausirer ohne Rücksicht auf den Umfang des Gewerbebetriebs, alle übrigen im Art. 10 bezeichneten Gewerbetreibenden dagegen nur dann, „wenn ihr Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht;" vgl. oben Zus. zu §§ 22, 27.

II. Entwürfe. Er. berücksichtigt den Umfang des Gewerbebetriebs in Art. 1, bei Aufzählung der die Kaufmannseigenschaft begründenden Gewerbegeschäfte (Zus. zu § 22). Nach Art. 1 Nr. 2 wird „der gewöhnliche Handwerker oder Handarbeiter" durch die gewerbmäßige Verarbeitung beweglicher Sachen nicht Kaufmann. Aus den Motiven ergiebt sich ferner, daß man auch im Fall des Art. 1 Nr. 6: Transport von Personen oder Sachen, den ganz geringfügigen Gewerbebetrieb ausschließen wollte und durch den Ausdruck Transport ausgeschlossen zu haben meinte (Mot. S. 11, oben Zus. zu § 27 S. 128). Weitere Einschränkungen in dieser Richtung finden sich hier nicht. Namentlich wird im Fall des Art. 1 Nr. 1 (Anschaffung zum Zweck der Weiterveräußerung) die Ausscheidung des Handwerks wie überhaupt jede Scheidung zwischen Groß- und Kleinbetrieb ausdrücklich abgelehnt, Mot. S. 7 f. In Bezug auf die Begrenzung des Handwerksbetriebs bei der Verarbeitung beweglicher Sachen heben die Mot. S. 12 f. hervor, daß alle äußeren Merkmale: Bezeichnung des Geschäfts als Manufactur- oder Fabrikgeschäft, Zahl der Gesellen, Höhe der Gewerbesteuer, Art der Buchführung, der Umstand, ob der Gewerbherr selbst Hand anlegt oder sich

Digitized by Google

nur dirigirend verhält, irre führend seien, daß vielmehr die Grenzbestimmung dem richterlichen Ermessen im einzelnen Fall überlassen bleiben müsse, „weil hier jede Regel an den Nuancen, welche das Leben erzeugt, scheitern würde." — Mit Er. stimmt hinsichtlich der Be- oder Verarbeitung auch Pr. 2² überein: „Kaufmann ist, wer gewerbmäßig in einem über den Betrieb des Handwerks hinausgehenden Umfang die Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere unternimmt." Ueber das Transportgeschäft oben S. 128. — Das Ergebniß der ersten Les. war: E. I. 2² erhielt den Zusatz: „oder Sachen, welche er angeschafft hat, verarbeitet und weiter veräußert," — so daß auch in diesem Fall die Kaufmannseigenschaft nur durch einen über den Umfang des Handwerks hinausgehenden Betrieb begründet werden sollte. Bei Erwähnung des Frachtgeschäfts wurden die gewöhnlichen Fuhrleute ausdrücklich ausgenommen. Außerdem wurden durch einen allgemeinen Zusatz zum Art. 2 den Landesgesetzen erweiternde oder einschränkende Modificationen des Kaufmannsbegriffes anheimgegeben, Prot. 513 f., 526 ff., 533, 535 (oben S. 91*).

Die zweite Lesung führte auf Grund eines in der 152. Sitzung vom Referenten (Heimsöth) gestellten Antrages zu Beschlüssen, die sich fast ganz mit den Bestimmungen des H.G.B.'s decken.*) E. II. 9 entspricht unserem Art. 10, nur ist der Vorbehalt für die Landesgesetzgebung dort beschränkter als im H.G.B. Die Befugniß, die für Minderkaufleute geltenden Bestimmungen auf einzelne der im H.G.B. bezeichneten Klassen, bezw. auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes für unanwendbar zu erklären, ist derselben erst in 3. Lesung eingeräumt worden. Man dachte dabei an die größeren Handwerker, vorzugsweise aber an Wirthe und Hôtelbesitzer in großen Städten. Daß der Vorbehalt eine Gefahr für die Einheit des H.R.'s und damit auch für die Sicherheit des Verkehrs in sich schließe, wurde mehrfach hervorgehoben, aber nicht für durchgreifend erachtet; man hielt es mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Verkehrsentwickelung in Deutschland und die dabei in Betracht kommenden örtlichen Einflüsse für geboten, der Landesgesetzgebung nicht blos declaratorische, sondern auch abändernde Vorschriften zu gestatten, Prot. 1256 ff., 1261, 1275 ff., 1427 ff., 4509. — Ueber die wiederholten, auf gänzlichen Ausschluß der Handwerker gerichteten Anträge s. Zus. zu § 24.

III. Die Zusammenstellungen bei v. Hahn I. S. 52 f., Go. I. S. 541 f., Anm. 49 ergeben, wie sich die verschiedenen Landesgesetzgebungen zum Art. 10 stellen. Einzelne, z. B. Preußen, Baiern, Sachsen lassen ihn ganz unberührt**); andere modificiren ihn in mehr oder minder beträchtlichem Umfang. Am weitesten geht hierin Lübeck 4: den Bestimmungen des HGB.'s über Firmen, Handelsbücher und Prokuren sollen außer den Mitgliedern der Lübecker Kaufmannschaft nur die Inhaber von Fabrik-, Bank- und Geldwechslergeschäften, sowie von Versicherungsgeschäften gegen Prämie unterworfen sein. Die betr. Be-

*) E. II. 255¹, ³, ⁵ und 256³ sind wörtlich gleichlautend mit H.G.B. 272¹, ³, ⁵, 273³.

**) Die preußische Ministerial-Instruction vom 12. December 1861 weist für die Eintragungen in das Handelsregister auf die Veranlagung zur Gewerbesteuer nach Maßgabe des Ges. vom 19. Juli 1861 hin. Ebenso auch spätere Ministerial-Instructionen für die 1866 erworbenen Landestheile, Z. 16. 443. Aehnliche Verordnungen sind auch in Sachsen ergangen.

Digitized by Google

stimmung ist nachträglich durch das G. v. 12. Nov. 1866, Z 14. 488, aufgehoben. Gegenwärtig gelten in Lübeck die Vorschriften des H.G.B.'s ohne Beschränkung. Mehrere E.gesetze: Bremen 5; Hamburg 6; Hannover 6; Oldenburg 5 haben die Kaufleute m. R.'s den Vollkaufleuten theilweise gleichgestellt, indem sie die Vorschriften über Firma, Prokura und Handelsgesellschaften auch auf die ersteren für anwendbar erklären, ihre Eintragung in das H.register aber nur unter gewissen Voraussetzungen verlangen und ihnen ebenso die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern bedingungsweise auferlegen.*) Derartige, die Exemtionen des Art. 10 sondernde Bestimmungen liegen indeß nicht mehr innerhalb der der Landesgesetzgebung eingeräumten Befugniß. Der Vorbehalt zu Gunsten der letzteren bezieht sich nicht auf die Rechtsstellung der Kaufleute m. R.'s, sondern nur darauf, welche Klassen von Kaufleuten ihnen beizuzählen sind. Es liegt auf der Hand, daß, wenn der Partikulargesetzgebung auch in ersterer Hinsicht eine Abänderung des H.G.B.'s zustände, ihr ein viel weiterer Spielraum gewährt sein würde, als wenn ihr blos eine Modification der Grenzbestimmung zwischen Vollkaufleuten und Kaufleuten m. R.'s gestattet ist. Daß jene weiter gehende Befugniß nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht, ergiebt sich auch aus dem Prot. In der 2. Les. ging ein Mitglied der R. C. von der Voraussetzung aus, daß die Regierungen möglicher Weise eine Scheidung zwischen den Vorschriften über das Firmenwesen, die Buchführung und die Prokuren eintreten lassen und in Folge dessen Bestimmungen treffen könnten, wonach einzelne Handeltreibende zwar Firmen und beweisfähige Bücher haben, aber keine Prokuristen bestellen könnten. Wegen der bedenklichen Verwirrungen, zu denen solche Ausscheidungen Veranlassung geben müßten, wurde beantragt, der Landesgesetzgebung nur bezüglich der Bestimmungen über das Firmenwesen und die Buchführung noch weitere Ausnahmen zu gestatten. Die diesem Antrag zu Grunde liegende Befürchtung wurde indeß „als der Konsequenz des Gesetzbuches gänzlich widersprechend" bezeichnet und der Antrag selbst mit 9 gegen 4 Stimmen abgelehnt, Prot. 1279, 1282. Daß das Motiv der Ablehnung eine mit der unsrigen übereinstimmende Auffassung war, wird durch die 3. Les. bestätigt, in welcher als Schlußsatz unseres Art. 10 [1] nach den Worten: „hinausgeht, keine Anwendung" folgende Fassung des fraglichen Vorbehalts beantragt und einstimmig angenommen wurde: „Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, diese Ausnahmen zu vermehren, zu vermindern oder aufzuheben." Prot. 4509. „Diese Ausnahmen" kann aber schon nach der Wortverbindung nichts Anderes heißen als „die eine eximirte Stellung einnehmenden Klassen der Handeltreibenden." Der gegenwärtigen Fassung einen anderen Sinn beizulegen, ist schon dem Wortsinn nach, aber auch deswegen keine Veranlassung

*) In Betreff der Handelsgesellschaften bezieht sich die Gleichstellung nach dem Hamburg. EG. nur auf die offene G. Die Eintragung ins Handelsregister ist nach den genannten Gesetzen erforderlich, wenn die vorbezeichneten Personen eine Handelsgesellschaft eingehen, einen Prokuristen bestellen, eine Handlungsvollmacht eintragen lassen wollen. Die Vorschriften über Handelsbücher finden nach Bremen und Oldenburg auf sie nur Anwendung, wenn und soweit eine Buchführung in ihrem Gewerbebetrieb gebräuchlich ist, nach Hannov. überdies auch, wenn sie eine Handelsgesellschaft oder stille G. eingehen, während Hamburg die gedachten Vorschriften überhaupt nur auf solche Gewerbe für anwendbar erklärt, in welchen eine kaufmännische Buchführung gebräuchlich ist.

Digitized by Google

vorhanden, weil sie lediglich eine redaktionelle Verbesserung der früheren sein soll, **Prot. 4629** [1]. Die zuletzt gedachten E.gesetze enthalten demnach eine Abänderung des H.G.B.'s und sind folglich nach § 2 des Reichs-E.G.'s insoweit unanwendbar geworden. Zweifelhaft kann erscheinen, ob gegenwärtig in den Geltungsgebieten derselben die Minderkaufleute durchweg den Vollkaufleuten gleichzustellen sind oder ob Art. 10 H.G.B.'s auf sie uneingeschränkte Anwendung findet. Für ersteres scheint die Fassung dieser Gesetze zu sprechen, die übereinstimmend so lautet: „Die Bestimmungen des H.G.B.'s finden auf die im Art. 10 genannten Klassen der Gewerbtreibenden gleichfalls Anwendung, jedoch mit folgenden Ausnahmen." Gleichwohl dürfte die letztere Auffassung, so lange keine Declaration im entgegengesetzten Sinne erfolgt, vorzuziehen sein, da die betr. Vorschriften doch wohl als ein Ganzes anzusehen sind. Gegen die E.gesetze, welche das H.-gericht in zweifelhaften Fällen auf die Entscheidung der Verwaltungsbehörde verweisen und ebenso gegen die Bestimmung, daß in zweifelhaften Fällen die Vorschriften über Firmen, Prokuren und Handelsbücher nur dann Anwendung finden, wenn die Firmen der betreffenden Personen thatsächlich in das Handelsregister eingetragen sind; v. Krämel. Z. 22. 140 ff. Daß diese Bestimmungen im Widerspruch mit dem H.G.B. stehen, ist dem genannten Schriftsteller indeß nicht zuzugeben.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die Einrichtung des Geschäftsbetriebs.

§ 37.

Handelsgeschäft und Prinzipal.

I. Die Ausdrücke Handelsgeschäft oder Geschäft[1]) bezeichnen außer dem einzelnen Rechtsgeschäft die gewerbliche Thätigkeit des Kaufmannes in ihrer Gesammtheit und hiervon abgeleitet, einen sowohl die Gegenstände dieser Thätigkeit wie die Beziehungen und Verhältnisse, in denen dieselbe zu Tage tritt, umfassenden Inbegriff. In letzterem Sinne ist das Geschäft gleichbedeutend mit dem Geschäfts- oder Handlungsvermögen; es ist der in dem concreten Handelsgewerbe steckende Vermögenswerth, der aus aktiven und passiven Bestandtheilen zusammengesetzt ist oder doch zusammengesetzt sein

---

[1]) Gleichbedeutend findet sich auch das Wort Handlung. — Das H.G.B. braucht die Ausdrücke Geschäft, Handelsgeschäft mehrfach in der Bedeutung eines Inbegriffs, so Art. 16, 22, 23, 24[1], 29[2], 41. Häufiger noch kommt in diesem Sinn der Ausdruck Handelsgewerbe vor, z. B. Art. 6[3], 10[2], 47, 85, 250, 251, 252, 256 u. öfters. Erklärlicherweise gehen in diesen Stellen die beiden oben auseinander gehaltenen Bedeutungen bisweilen in einander über. (Der Antrag, statt des Ausdruckes Handelsgeschäft im obigen Sinn zur Vermeidung von Mißverständnissen andere Bezeichnungen zu wählen, ist in 2. Les. abgelehnt worden, Prot. 920.) Ueber Art. 22, 23 s. unten zu Anm. 34, auch Zus. III. Eine ganz ähnliche Bedeutung wie unser Handelsgeschäft kann das lateinische negotium, negotiatio annehmen, welches ebenfalls sowohl den Gesammtinhalt der gewerblichen Thätigkeit wie das Gewerbsvermögen bezeichnen kann. Vgl. in ersterer Hinsicht L. 3, 5 pr. de inst. (14. 3); L. 5 pr. pro soc. (17. 2); in letzterem Sinn L. 6 § 3 de ed. (2. 13); L. 58 de admin. et peric. (26. 7) v. cum incremento negotiationis; L. 47 § 6 eod.; L. 19 § 2 de inst. (14. 3); L. 77 § 16 de leg. II (31); zweifelhafter L. 13 pr. de instr. leg. (33. 7). Hierzu meine Abhandl. in Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rpfl. in Preußen Bd. 4 S. 455 ff. Unzutreffend gegen die Verwerthbarkeit der für die zweite Bedeutung angef. Stellen Simon Z. 24 S. 125. — Synonyme Ausdrücke in neueren Sprachen s. Zus. am Schluß des §.

Digitized by Google

kann.[2]) Die Geschäftsaktiva sind dreifacher Art; sie begreifen: a) die körperlichen Sachen, die den Zwecken des Handelsbetriebs zu dienen bestimmt sind: Waaren, Fabrikvorräthe, Geschäftsutensilien, den für die Geschäftszwecke zu Gebote gestellten Bestand an Baarmitteln und Werthpapieren, die Handelsbücher, Handelsbriefe u. dgl. m. Ebenso Immobilien, die dem Handelsbetrieb gewidmet sind (Fabrikgrundstücke, ein Haus, welches als Geschäftslokal hergerichtet ist); b) die Rechte, die in Beziehung zum Handelsgewerbe stehen: das Recht auf die Führung der Handelsfirma, auf das Waarenzeichen, Urheber- und Patentrechte, die für den Betrieb des Handelsgewerbes erworben sind, Ansprüche auf Dienstleistungen im Handelsbetrieb, die Befugniß, gewissen Personen die Begründung eines Konkurrenzgeschäftes oder den Eintritt in ein solches zu untersagen,[2a]) das (persönliche oder dingliche) Recht zur Benutzung bestimmter Lokalitäten für Geschäftszwecke, vor Allem die aus Handelsgeschäften herrührenden Ausstände. c) Als einen Bestandtheil seines Handlungsvermögens betrachtet der Kaufmann auch die Chance, die ihm aus dem vorhandenen Gewerbebetrieb für die Zukunft erwächst, die Gelegenheit zu gewinnbringender Ausübung des Handelsgewerbes, die, wenngleich noch nicht Wirklichkeit, doch eine mehr oder minder berechtigte Hoffnung ist. Diese Hoffnung beruht zum Theil auf den eben bezeichneten reellen Grundlagen, zum Theil knüpft sie an Verhältnisse an, die nicht juristischen, sondern nur thatsächlichen Inhaltes sind, an Beziehungen des Geschäftsinhabers zum Publikum oder zu einzelnen Personen, deren Bedeutung in der Erwartung besteht, daß sie zum Abschluß von Rechtsgeschäften führen werden.[3])

[2]) Für diese Bedeutung des Handelsgeschäfts v. Hahn I. S. 109; v. Völdernd. S. 191; Dernburg Pr. Priv.r. I. S. 120; meine Abh. S. 434. Das Geschäftsvermögen in obigem Sinn deckt sich nicht mit dem Vermögen, über welches nach Art. 28 und 29 H.G.B.'s Inventar und Bilanz Aufschluß geben sollen. Einerseits gehören zu demselben Bestandtheile, die in die zuletzt erwähnten Aufzeichnungen nicht aufgenommen werden; andererseits sollen diese letzteren, wenigstens beim Einzelkaufmann, nicht blos das Handlungsvermögen, sondern das gesammte Vermögen desselben ersichtlich machen.

[2a]) Diese Befugniß kann auf einem Rechtssatz oder auf besonderer Verabredung beruhen. Einen derartigen Rechtssatz s. in Art. 96 und 159; über die Statthaftigkeit von Verabredungen obigen Inhalts unten im vierten Buch.

[3]) Dahin gehören z. B. auch Fabrikationsgeheimnisse, die nicht durch Patent geschützt sind: une idée telle qu'un secret de fabrication qui sans être protégée par aucun droit privatif, fait cependant la fortune d'un fonds de

Digitized by Google

Auf derartige Beziehungen weisen Ausdrücke wie: die Kundschaft, der Kredit, das Renommé des Geschäfts[4]) hin. — Unter die Geschäftspassiva (Geschäfts- oder Handelsschulden) fallen alle Verbindlichkeiten, die im Betrieb des Handelsgeschäfts oder Behufs desselben entstanden sind, für die mithin bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang in den aktiven Bestandtheilen des Geschäftsvermögens Deckung vorhanden sein muß.[5])

Das Geschäft in der zuletzt erwähnten Bedeutung ist keine geschlossene Einheit,[6]) sondern während der Dauer des Gewerbebetriebs

---

commerce, Massé II. 1411. Ferner alle Beziehungen, aus denen sich Bezugs- und Absatzquellen für den Geschäftsinhaber ergeben, desgleichen solche, die Gelegenheit zum Abschluß von Kreditgeschäften bieten.

[4]) Ueber den Begriff der Kundschaft z. B. R. 10. 76 (338); Z. 2. 407 (Lübeck 56); 8. 556 (Jena 63); Bu. 13. 119 (A.G. Dresden 66); 26. 253 (Nürnb. 71).

[5]) Meine Abhandl. S. 432; Simon in Z. 24 S. 94. Unterschied zwischen Geschäfts- und Privatschulden R. 8. 9 (38 ff.); Bu. 19. 41 (Ob.H.G. Mannheim 68).

[6]) Eine bereits in älterer Zeit mehrfach vertretene Ansicht mißt dem Geschäft des Einzelkaufmannes den Charakter einer Anstalt bei, d. h. einer durch den Zweck zusammengehaltenen Einheit, die nicht nur über ihren einzelnen Bestandtheilen, sondern auch über dem jeweiligen Inhaber steht. Am entschiedensten ist diese Ansicht neuerdings ausgesprochen bei Endemann § 15, 17, der geradezu „Rechtssubjektivität" für das Handelsgeschäft in Anspruch nimmt. Aehnlich Ag. Mommsen in Bu. 32. 210: „Das Geschäft ist das eigentliche Verkehrswesen, selbständiger Träger des Kredits und der gesammten Handelsthätigkeit; der Prinzipal ist der erste Diener des Geschäfts." Nur in der Formulirung unterscheidet sich Bekker in Z. 4. 537 ff., 549 ff.; 17. 387, der das Handelsvermögen als ein zwar abhängiges aber dem Privatvermögen des Geschäftsinhabers gegenüber abgeschlossenes Zweckvermögen konstruirt. Die Hauptkonsequenz dieser Anschauung soll sich, abgesehen von der Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden, im Konkurse zeigen, in welchem Handlungs- und Privatvermögen des Gemeinschuldners, und wenn ein Kaufmann mehrere getrennte Handelsgeschäfte besitzt, die verschiedenen Handlungsfonds von einander zu sondern seien. Namentlich in letzterer Hinsicht glaubten die älteren Juristen eine positive Stütze an L. 5 § 15, 16 D. de trib. act. (14. 4) zu finden, während gegenwärtig ziemlich allgemein anerkannt wird, daß diese Stellen auf den vorliegenden Fall nicht passen. In der That bietet das gemeine Recht keinen Anhalt für eine derartige Sonderung. Im Konkurse über das Vermögen des Einzelkaufmannes bildet das gesammte Vermögen desselben, gleichviel ob Privat- oder Handlungsvermögen und letzteren Falles ohne Unterschied, ob in einem oder mehreren Handelsgeschäften steckend, die Konkursmasse, an der die Handels- und Privatgläubiger des Gemeinschuldners gleichmäßig betheiligt sind. Ebenso wenig sind die sonstigen aus der angeblichen Geschlossenheit des Geschäftsvermögens her-

Digitized by Google

einer beständigen Veränderung durch Ab- und Zugang einzelner Bestandtheile unterworfen.[7]) Wie ferner im concreten Fall das Handelsgeschäft nicht sämmtliche oben erwähnte Bestandtheile zu enthalten braucht, so steht auch die Bedeutung des Ausdruckes nicht in der Weise fest, daß er nothwendig auf das gesammte Handelsvermögen in obigem Umfang bezogen werden müßte. In einem beschränkteren Sinn wird er namentlich häufig zur Bezeichnung der unter c. erwähnten Beziehungen und derjenigen Rechtsverhältnisse gebraucht, die als unmittelbare Grundlage derselben anzusehen sind.[8])

---

geleiteten Folgerungen (vgl. namentlich Endemann S. 172) im positiven Recht begründet. Es ist aber auch nicht zuzugeben, daß die Tendenz des Handelsverkehrs nach einer derartigen Geschlossenheit verlangt und daher zu billigen, daß die Reichskonk.-Ordnung den Standpunkt des bisherigen Rechts nicht verlassen hat. Besondere Rücksichten kommen für das Vermögen der Handelsgesellschaften in Betracht; hierüber folg. Buch. Vgl. zu Vorstehendem außer den bereits Angeff. namentlich noch Gelpcke in seiner Zeitschr. Heft 2 S. 19 ff.; Thöl § 51[3]; Anschütz II S. 12; Regelsberger Z. 14 S. 12 ff.; Simon Z. 24 S. 110 ff., Bolze, Begr. d. jur. Perf. S. 67; Ehrenberg, Beschränkte Haftung S. 25; R. 2. 36 (152 ff.); 5. 46 (204); 3. 85 (411); 8. 9 (41); 10. 95 (411); 11. 50 (152); 15. 54 (176); 24. 47. (156 ff.); Z. 6. 591*; 6. 593 (Ob.G. Hamburg 58; letzteres Erk. nimmt unter Berufung auf die Hamb. Praxis ein Separationsrecht der Gläubiger verschiedener von demselben Inhaber betriebener Handelsgeschäfte an. Seit der Reichs-Konk.Ordn. wird diese Praxis indeß keinenfalls mehr auf Beachtung Anspruch machen können.) — Rechtsgeschäfte zwischen verschiedenen Handelsgeschäften desselben Prinzipals sind selbstverständlich unmöglich, wohl aber können geschäftliche Beziehungen stattfinden, die den äußeren Anschein von Rechtsgeschäften haben; Anweisung im Sinne von A.L.R. I. 16 § 251 R. 20. 12 (34 ff.); sog. Kommanditewechsel R. 19. 64 (204). Eine Verschiedenheit der Firma ist für derartige Beziehungen nicht erforderlich, da wo das eine Geschäft eine Zweigniederlassung des anderen bildet, in der Regel auch nicht vorhanden, s. folg. §.

[7]) Aenderungen im Bestand des Handlungsvermögens können auch dadurch bewirkt werden, daß der Prinzipal das Verhältniß zwischen seinem Privat- und Geschäftsvermögen ändert, Bestandtheile des letzteren zu ersterem zieht oder umgekehrt das Geschäftskapital aus den Mitteln seines Privatvermögens verstärkt. Denn abgesehen von den Vermögensbestandtheilen, die außer Verbindung mit dem Handelsgeschäft überhaupt nicht denkbar sind, unterliegt bei dem Einzelkaufmann die Grenzbestimmung zwischen Handlungsfonds und Privatvermögen der Willkür des Prinzipals. „Hauptsächlich die Buchführung ist es, in welcher diese Unterscheidung zur Geltung kommt und nach welcher, wenn sie treu und korrekt ist, sich der Stand des Geschäfts bemißt." R. 8. 9 (41).

[8]) Regelsberger Z. 14. 12. „Unter dem Handelsgeschäft pflegt der Geschäftsmann nur die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder mit einem be-

Digitized by Google

II. Die Person, die nach Außen als der Träger des Handelsgewerbes erscheint, heißt Prinzipal. Der Prinzipal ist mithin der Kaufmann in seiner Eigenschaft als Inhaber eines bestimmten Handelsgeschäfts.[9]) Die Prinzipalschaft kann einer oder mehreren (physischen oder juristischen) Personen zustehen; ebenso kann dieselbe Person gleichzeitig Prinzipal mehrerer Handelsgeschäfte sein.[10]) Wesentlich zum Begriff der Prinzipalschaft gehört die prinzipale und unbeschränkte Haftung für die während ihrer Dauer begründeten Geschäftsschulden.[11]) Keine von der vorstehenden verschiedene Bedeutung, sondern lediglich eine specielle Anwendung derselben ist es, wenn der Ausdruck Prinzipal auf das Verhältniß des Kaufmanns zu seinem Hülfspersonal (Handlungsgehülfen, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten) bezogen wird.[12])

Da, wo der Prinzipal ein Einzelkaufmann ist, bildet das Handelsgeschäft eine zwar möglicherweise faktisch, aber nicht rechtlich von seinem sonstigen Vermögen gesonderte Masse. Ebensowenig besteht eine solche Sonderung zwischen zwei Handelsgeschäften desselben Kaufmanns.[13])

III. Das Handelsgeschäft als Vermögensinbegriff ist zwar nicht fähig, Objekt eines einheitlichen Rechts zu sein, kann aber in seiner Gesammtheit gemeinsame rechtliche Schicksale haben und namentlich zum Gegenstand von Rechtsgeschäften gemacht werden.[14]) Indeß

---

stimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betrieb eines Handelsgewerbes zu denken. Ein Weiteres ist darunter weder nothwendig noch regelmäßig begriffen." Uebereinstimmend R.O.H.G., namentlich R. 2. 8 (51), dagegen Simon Z. 24. 121; auch meine Abhandl. S. 451.

[9]) Kaufmannseigenschaft und Prinzipalschaft fallen demnach stets zusammen, oben S. 99 d.; das H.G.B. braucht Principal und Eigenthümer einer Handelsniederlassung in gleicher Bedeutung, Art. 41; an anderen Stellen findet sich der Ausdruck Inhaber des Handelsgewerbes, z. B. Art. 251, 252, 256, 258, 259.

[10]) Vgl. oben Anm. 6. Ueber das verschiedene Verhältniß, in welchem mehrere Geschäfte desselben Principals zu einander stehen können, s. §. 38.

[11]) Hiernach beantwortet sich mithin auch die Frage, wem die Prinzipalschaft und folgeweise die Kaufmannseigenschaft bei den Handelsgesellschaften zukommt, oben S. 105.

[12]) Vgl. z. B. Art. 45, 46, 47, 49, 58, 61, 63.

[13]) Oben Anm. 8.

[14]) Wer das Vermögen „als ein seinen Theilen gegenüber selbständiges Ganze" betrachtet, wird freilich geneigt sein, auch das Handelsgeschäft als eine solche Einheit anzusehen. Die Konsequenzen dieser Ansicht führen auf die oben Anm. 6 zurückgewiesene Auffassung, Dernburg Preuß. Pr.R. I § 61, vgl. auch folg. Anm.

Digitized by Google

handelt es sich doch in all diesen Fällen nur um eine Gesammtbezeichnung.[15]) Die Rechtswirkung tritt nicht bei dem Inbegriff als solchem, sondern bei dessen einzelnen Bestandtheilen ein. Da ferner die Bezeichnung selbst keinen allgemein feststehenden Sinn hat, so ist es wesentlich eine Frage des einzelnen Falles, inwieweit und in welcher Weise die oben aufgeführten Bestandtheile des Handelsgeschäfts von der Rechtsveränderung betroffen werden.

Dies gilt insbesondere für die Veräußerung eines Handelsgeschäfts.[16])

Erstreckt sich der Veräußerungsvertrag auf das ganze Handelsvermögen, so bewirkt er in Bezug auf die zu demselben gehörigen körperlichen Sachen sowie auf die nicht untrennbar an die Person des Veräußerers gebundenen Rechte entweder unmittelbaren Uebergang auf den Erwerber oder die Verpflichtung des Veräußerers, diesen Uebergang herbeizuführen;[17]) in Bezug auf die blos faktischen Beziehungen fällt ein solcher Vertrag unter den Gesichtspunkt des Vertrages über Handlungen (Innominatkontrakt): der Veräußerer muß den Erwerber in die Lage versetzen, dieselben auszubeuten;[18])

---

[15]) Die Einheit des Handlungsvermögens besteht darin, daß die einzelnen Bestandtheile desselben unter einem Gesammtnamen zusammengefaßt werden, dabei trifft zu, was Keller Pand. (her. v. Friedberg) S. 84 von der sog. universitas facti bemerkt: es steht vollkommen frei, solche Begriffsganze nach Belieben zu bilden; man muß sich in jedem einzelnen Fall von der Beziehung und Bedeutung der fraglichen Einheit Rechenschaft geben.

[16]) Vgl. R. 10. 76 (338); 18. 96 (373); 19. 123 (419); Z. 8. 556 (Jena 63); Bu. 13. 119 (A. G. Dresden 66); 13. 223 (Ob.H.G. Stuttgart 67); 26. 253 (Nürnb. 71); außerdem die unten Zus. III angef. Erkenntnisse und Abhandlungen. Der Vertrag über die Veräußerung eines Handelsgeschäfts ist selbst Handelsgeschäft, desgleichen alle übrigen Verträge, die ein Handelsgeschäft als Ganzes zum Gegenstand haben, oben S. 135.

[17]) Ob zum Uebergang des Eigenthums an den körperlichen Sachen sowie zur Uebertragung der Rechte, auf welche sich die Veräußerung erstreckt, der Vertrag allein genügt oder ob noch andere Erfordernisse zu erfüllen sind, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. Insbesondere also auch, ob Uebergabe, sowie bei Grundstücken, die zum Geschäftsvermögen gehören, Auflassung nöthig ist. Im Gebiet des Preuß. Rechts kommt für Mobilien A.L.R. I. 7 § 53 zur Anwendung, vgl. Dernburg Pr. Privatr. I. S. 334.

[18]) Meine Abh. S. 449 f. Die hier gemachte Unterscheidung zwischen den Fällen, in denen die Kundschaft alleiniger Vertragsgegenstand ist, und denjenigen, wo dieselbe zusammen mit anderen Bestandtheilen des Geschäftsvermögens veräußert wird, ist nicht aufrecht zu halten, dagegen mit Recht Simon Z. 24. 123 f. In Bezug auf die rechtliche Natur des Vertrages, durch welchen die Kundschaft

Digitized by Google

hinsichtlich der Passiva entsteht für den Erwerber die Pflicht, dafür einzustehen, daß der Veräußerer von den Geschäftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werde.[18a]) Die Veräußerung kann aber auch, wie hervorgehoben, in beschränkterem Umfang gemeint sein und z. B. nur den Uebergang des Aktivvermögens oder auch nur eines Theiles desselben bezwecken.[18b]) — Keine Entscheidung gewährt der Inhalt des Veräußerungsvertrages für die Frage, ob die Geschäftsgläubiger, deren Forderungen unter der Prinzipalschaft des Veräußerers entstanden sind, ihre Ansprüche unmittelbar gegen den Erwerber verfolgen können.[19]) Zulässig ist dies nur dann, wenn letzterer sich den Gläubigern gegenüber verbindlich gemacht hat.[20])

---

veräußert wird, vgl. auch die oben Anm. 4 angef. Erkenntnisse. Die Verpflichtung des Veräußerers der Kundschaft kann übrigens nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles einen verschiedenen Inhalt haben, insbesondere kann sie die Pflicht in sich schließen, den Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes entweder überhaupt oder in gewissen zeitlichen oder örtlichen Grenzen zu unterlassen. Zur Begründung dieser negativen Verbindlichkeit ist eine ausdrückliche Abmachung nicht unbedingt erforderlich; dieselbe kann sich unmittelbar aus der bona fides des Vertrages ergeben. — Versicherungen des Veräußerers über den Umfang der Kundschaft, die Gangbarkeit des Geschäfts R. 10. 76 (338); Bu. 13. 223 (Ob.H.G. Stuttg. 67).

[18a]) Der Uebernehmer haftet im Wege des Regresses, falls die Gläubiger sich an den Veräußerer als an ihren ursprünglichen Schuldner halten. Eine Pflicht des Uebernehmers, die Gläubiger zur Liberation des Veräußerers zu veranlassen, folgt aus der Uebernahme an sich nicht, sondern ist nur dann begründet, wenn die Parteien erweislich eine so weit gehende Verpflichtung desselben beabsichtigt hatten. Ebenso wenig ist der Veräußerer berechtigt, auf Befriedigung der Gläubiger durch den Uebernehmer zu klagen. Delbrück Uebernahme fr. Schulden S. 45 ff.

[18b]) Für das Verhältniß zwischen Veräußerer und Uebernehmer ist allein der Inhalt des Veräußerungsvertrages maßgebend. Die Parteien können das Objekt desselben beliebig begrenzen. Höchstens läßt es sich als eine faktische Regel betrachten, daß diejenigen Bestandtheile des Geschäftsvermögens, die nicht sowohl durch die Willkür des Geschäftsinhabers als durch ihre Beschaffenheit dazu bestimmt sind, den Zwecken des Handelsgewerbes zu dienen, als mitveräußert zu gelten haben. Indeß ist auch diese Regel nicht unbedingt zutreffend, vgl. in Betreff der Handelsbücher R. 7. 18 (74); 19. 123 (419); Thöl ausgewählte Entscheidungsgründe Nr. 27; Simon Z. 24. 122; bezüglich des Rechtes auf Firma und Waarenzeichen unten § 40, 41.

[19]) Sofern nicht der Gesichtspunkt des Vertrages zu Gunsten Dritter zutrifft, R. 12. 55 (160); 21. 73 (232 ff.); Z. 15. 247 (Dresd. 66); Bu. 11. 369; 13. 11 (Nürnb. 66); 19. 252 (A.G. Eisenach 69); s. auch unten Zuf. III.

[20]) Die Haftung beruht mithin in der Regel auf einem constitutum; Windscheid § 284; meine Abh. S. 440. So auch das R.O.H.G. Andere Constructionsversuche Simon Z. 24. 96 ff.

Digitized by Google

Die Uebernahme einer derartigen Verpflichtung liegt in der in geschäftsüblicher Weise veröffentlichten Erklärung des Erwerbers, daß er die Passiva übernommen habe.[20a]) — Die Bekanntmachung, daß die Aktiva auf den Erwerber übergegangen sind, hat dagegen an sich nur die Bedeutung, diesen zur Geltendmachung der zum Geschäftsvermögen gehörigen Rechte Dritten gegenüber zu legitimiren; bei ausstehenden Forderungen kommt ihr zugleich die Bedeutung einer Denunciation an die Geschäftsschuldner zu.[21])

In derselben Weise wie die Veräußerung unter Lebenden ist auch das Vermächtniß eines Handelsgeschäfts zu beurtheilen.[22])

Der Nießbrauch an einem Handelsgeschäft[23]) ist, wenn

[20a]) Geschäftsüblich ist Bekanntmachung durch öffentliche Blätter, Versendung von Circulären, auch wohl Anschlag an der Börse oder ähnlichen vom Publikum zu Geschäftszwecken frequentirten Lokalitäten, im Geschäftslokal selbst, unten § 39. Im einzelnen Fall ist diejenige Art der Bekanntmachung zu wählen, die mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des concreten Geschäftsbetriebes angemessen erscheint. Hat der Erwerber die Uebernahme der Passiva gehörig publicirt, so liegt den Gläubigern gegenüber „ein selbständiger Dispositionsakt" vor, der denselben ohne Rücksicht auf den Inhalt des Veräußerungsvertrages und ohne daß es einer Acceptation ihrerseits bedarf, einen Anspruch gegen den Uebernehmer gewährt. Daraus, daß dieser Anspruch unmittelbar aus dem Versprechen des Uebernehmers entsteht, folgt, daß er auch nicht nachträglich durch eine Uebereinkunft zwischen dem Uebernehmer und dem Veräußerer rückgängig gemacht werden kann. Im Fall einer Versendung von Circulären tritt die obige Wirkung auch zu Gunsten der Gläubiger ein, denen das Circulär nicht zugegangen ist, wenn nur aus der Art der Veröffentlichung hervorgeht, daß eine allgemeine Bekanntmachung und nicht blos eine specielle Mittheilung an einzelne Personen beabsichtigt war. — Nicht genügend ist eine blos zu gewerbepolizeilichen Zwecken erfolgende Anzeige an die Behörde. Vgl. u. A. R. 1. 18 (68); 2. 8 (46); 3. 38 (182); 4. 2 (5); 8. 93 (383); 11. 50 (150); 12. 55 (160); 16. 66 (272); 21. 73 (233); s. auch Zus. II.

[21]) R. 2. 36 (152 ff.).

[22]) Von dem Vermächtniß eines Handelsgeschäftes (Bankiergeschäftes) ist die Rede in L. 77 § 16 de leg. II; dazu außer den oben Angef. noch Kierulff S. 322*.

[23]) Vgl. Dernburg Pr. Privatr. I. § 286; Hanausek zur Lehre v. uneigentl. Nießbrauch S. 154 ff. Beide Autoren denken bei dem Nießbrauch an einem Handelsgeschäft zunächst an Fälle, in denen dem Nießbraucher nicht die Verwaltung des Handelsgeschäfts zusteht, sondern nur gewisse Bezüge aus dem Handlungsfonds überlassen sind. In Bezug auf den Inhalt des dem Nießbraucher in solchem Falle zustehenden Rechtes gehen sie auseinander. Dernburg will ihm nur den Betrag laufender üblicher Zinsen vom Geschäftskapital, nach der jedesmaligen letzten Jahresbilanz berechnet, Hanausek dagegen den Jahresgewinn selbst zusprechen. — Daß ein Rechtsgeschäft, welches sich als Bestellung eines Nießbrauchs an einem Handelsgeschäft bezeichnet, möglicherweise den einen wie den anderen Inhalt haben kann, ist nicht zu bestreiten, dagegen ist schwerlich in

Digitized by Google

er sich auf das gesammte Handelsvermögen erstreckt, „die Summe der Nießbrauchsrechte aller einzelnen zu diesem Vermögen gehörigen Objekte“ und mithin nach der Beschaffenheit des letzteren entweder eigentlicher oder uneigentlicher Nießbrauch.[24]) Der Nießbraucher hat die Befugniß, das Handlungsvermögen in einer nach Art und Umfang dem bisherigen Betrieb entsprechenden Weise zu Geschäftszwecken zu verwenden.[25]) Während der Dauer des Nießbrauches findet der Handelsbetrieb regelmäßig nicht nur für Rechnung des Nießbrauchers, sondern auch so statt, daß letzterer Prinzipal des Handelsgeschäfts wird.[26]) Er haftet daher den Gläubigern für die während dieser Zeit begründeten Geschäftsschulden, für die aus der Zeit vor Entstehung des Nießbrauchs stammenden dagegen wiederum nur dann, wenn er ihnen gegenüber die Uebernahme erklärt hat.

Der Bestellung zum Nießbrauch nahe verwandt ist die Verpachtung eines Handelsgeschäfts;[27]) nur wird hier an den Gegenständen, die nach Ablauf der Pachtzeit vom Pächter in Natur zurückzugewähren sind, kein dingliches Recht des letzteren begründet.[28])

Die Verpfändung eines Handelsgeschäfts kann nicht blos als eine Verpfändung des Waarenvorraths,[29]) sondern auch als eine Verpfändung des gesammten zum Handelsgeschäft gehörigen Aktivvermögens gemeint sein. Der Pfandgläubiger erlangt alsdann ein generelles Pfandrecht, welches er durch Verkauf des Handels-

---

erster Linie an diese Fälle zu denken; unter denselben aber dürfte der von Dernburg bezeichnete schon wegen der complicirten Berechnung, die er nothwendig macht, der ungewöhnlichste sein; über das französische Recht vgl. Zus. I.

[24]) Ersteres z. B. bei dauernden Geschäftseinrichtungen, Fabrikanlagen, den Platten in einem Kunstverlagsgeschäft u. dgl. m.

[25]) Es geht daher auch nicht über seine Befugnisse hinaus, wenn er Geschäftsgläubiger, deren Forderungen vor Beginn seines Nießbrauches entstanden sind, aus den Mitteln des Handlungsfonds befriedigt, und zwar ohne Rücksicht, ob er persönlich verpflichtet ist oder nicht.

[26]) Uebereinstimmend Dernburg, Hanausek a. a. O.

[27]) R. 21. 98 (305); Z. 8. 556 (Jena 63); Bu. 13. 171 (Stuttg. Ob.H.G. 66). — Kauf auf Wiederkauf Bu. 26. 253 (Nürnb. 71).

[28]) In Betreff aller Gegenstände, bei denen keine Rückgabe in Natur beabsichtigt ist, hat die Verpachtung eines Handelsgeschäfts den Charakter einer locatio conductio irregularis.

[29]) Von der Verpfändung des Waarenlagers handelt L. 34 de pign. (20. 21), vgl. auch R. 8. 1 (1 ff.). In beiden Fällen erstreckt sich das Pfandrecht nur auf diejenigen Bestandtheile, die bei der Geltendmachung desselben dem Geschäftsfonds und bezw. dem Waarenlager angehören.

Digitized by Google

geschäfts realisiren kann.[30]) Aber auch ohne daß ein Pfandrecht bestellt ist, kann letzteres von den Gläubigern des Prinzipals in Anspruch genommen werden.[31])

IV. Nach positiver Bestimmung des H.G.B.'s schließt die Uebertragung eines Handelsgeschäfts unter Lebenden wie von Todeswegen den Uebergang des Firmenrechts nicht in sich; vielmehr ist stets eine ausdrückliche Einwilligung des bisherigen Prinzipals oder seiner Erben erforderlich, um den Erwerber zur Fortführung der früheren Firma zu ermächtigen.[32]) Andererseits ist die Veräußerung der Firma als solcher, abgesondert von dem Geschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, unzulässig.[33]) Diese Vorschrift will verhindern, daß der bloße Geschäftsname ohne die reellen Grundlagen des Gewerbebetriebs zum Gegenstand der Veräußerung gemacht und zu Täuschungen des Publikums mißbraucht werden. Worin die reellen Grundlagen des Gewerbebetriebs bestehen, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen.[34]) Ueber die Stellung des Firmenerwerbers zu

[30]) Ebenso aber auch durch Verkauf der einzelnen ihm verpfändeten Gegenstände. Der Pfandgläubiger, dem ein Inbegriff verpfändet ist, kann sich nicht blos an den Inbegriff als solchen, sondern auch an die einzelnen Bestandtheile desselben halten. Nur ist er hierbei durch die Rücksicht auf das Interesse des Verpfänders gebunden, Windscheid, § 237 [12]. Unter Beobachtung dieser Rücksicht steht es auch in seinem Ermessen, ob bei dem Verkauf des Handelsgeschäfts ein Uebergang der Passiva auf den Erwerber stattfinden soll oder nicht.

[31]) Für die Zwangsvollstreckung in ein Handelsgeschäft ist gegenwärtig R.Civ.Pr.O. 754 maßgebend. Die Zwangsvollstreckung kann auch in der Weise erfolgen, daß der Gläubiger in das Handelsgeschäft Behufs des Betriebes desselben immittirt wird. Es kann alsdann möglicherweise während der Dauer der Immission die Stellung eines Prinzipals einnehmen, Bu. 21. 363 (Nürnb. 68).

[32]) Art. 22. — Hierzu und zum Folgenden Zusatz III, auch unten § 40.

[33]) Art. 23: Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig.

[34]) Das ist freilich sehr unbestimmt, allein diese Unbestimmtheit liegt im Gesetz. Die Bestimmung findet sich wörtlich gleichlautend bereits in Pr. 27, ohne daß die Motive über den Sinn derselben Aufschluß geben. Sie ist sodann in 1. Les. „ohne Debatte einhellig" angenommen worden und hat auch in den weiteren Lesungen keine Diskussion veranlaßt. Nach gelegentlichen Aeußerungen in den Prot. scheint es, als sei der Ausdruck Handelsgeschäft im Sinne von Handelsvermögen (Gesammtheit oder doch der größte Theil der Aktiva und Passiva) verstanden worden, Prot. 39 f.; v. Hahn, meine Abh S. 437, 445; Cl. u. A. 3. 439; an einer anderen Stelle heißt es dagegen, daß die Uebernahme von Handelsgeschäften in den verschiedensten Abwechselungen vorkomme, Prot. 1435. Sieht man auf den Zweck der obigen Bestimmung, so wird man die Veräußerung

Digitized by Google

dritten Personen (Gläubigern und Schuldnern) enthält die gedachte Vorschrift keine Bestimmung; in dieser Hinsicht ist demnach der Firmenübergang ohne besondere Bedeutung; es finden dieselben Grundsätze Anwendung wie im Fall der Veräußerung eines Handelsgeschäfts ohne Firma.[35])

Zusatz. I. Dem Ausdruck Geschäft oder Handelsgeschäft in obigem Sinne nahe verwandt ist das französische fonds de commerce, das englische goodwill, das holländische zaak oder handelszaak. Nicht zu übersehen ist aber, daß diese und ähnliche Bezeichnungen in anderen Sprachen doch nur auf verwandte, nicht auf vollständig einander deckende Begriffe hinweisen. Bei dem englischen goodwill ist wesentlich an die oben S. 203 zu c. hervorgehobenen faktischen Beziehungen zu denken; nach der üblichen Definition umfaßt das Wort every advantage connected with an established trade, wobei vorzugsweise, aber nicht ausschließlich die aus der Benutzung bestimmter Lokalitäten sich ergebende Chance in's Auge gefaßt wird. Die Veräußerung eines goodwill begründet für den Erwerber einen Anspruch auf alle Vortheile, die sich aus dem Namen und den Verbindungen des bisher geführten Geschäftes ergeben; dagegen ist der Veräußerer ohne besondere Abmachung nicht verpflichtet, sich des ferneren Gewerbebetriebs zu enthalten, sondern kann in unmittelbarster Nähe des Erwerbers (next door to the place, where his former business was carried on) ein gleichartiges Geschäft errichten. Abmachungen, welche dem Veräußerer den Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes in weiteren oder engeren Grenzen untersagen, kommen indeß häufig vor und es besteht kein Zweifel hinsichtlich ihrer Gültigkeit. Aber auch ohne eine solche Abmachung soll der Verkäufer nichts thun, was die Vorstellung erwecken könnte, daß das von ihm betriebene Geschäft identisch sei mit dem veräußerten. Er darf sich zwar, falls das letztere unter seinem persönlichen Namen geführt worden ist, dieses Namens auch für das von ihm neu errichtete Geschäft bedienen, nicht aber des besonderen Handelsnamens, der die Firma des früheren Geschäfts bildete, so z. B. nicht des Zusatzes: & Co., der in der alten Firma seinem Namen beigefügt war, ebensowenig der für dasselbe gebrauchten Waarenzeichen. Beide gehen auf den Erwerber des Geschäfts über.

---

der Firma dann für unstatthaft erklären müssen, wenn nicht diejenigen Bestandtheile des Handelsvermögens mit veräußert werden, auf denen die Fortsetzung des Handelsbetriebs in bisheriger Art wesentlich beruht. Was dazu gehört, läßt sich nur im einzelnen Fall bestimmen. Die Ueberweisung der Kundschaft, des Rechts auf das Geschäftslokal, überhaupt desjenigen, was Regelsberger als die Gelegenheit zum Gewerbebetrieb bezeichnet, ist hierzu nicht immer ausreichend. Eine Uebertragung der Firma die nicht auf dieser Grundlage ruht, ist ungültig. Vgl. R. civ. 1. 95 (260 ff.) — Ueber Thöl's Auslegung dieser Bestimmung s. Zus. III. Bei der künftigen Revision des H.G.B.'s wird eine Aenderung derselben unausbleiblich sein. Dringend befürwortet wird eine solche von Heinsen Gutachten in den Verh. d. 14. D. J.tages, Bd. 1 S. 215, dessen (eventueller) Vorschlag vom 15. Juristentag angenommen worden ist.

[35]) Nur das Recht auf das Waarenzeichen klebt dergestalt an der Firma, daß dasselbe ohne Weiteres auf den Firmenerwerber übergeht, s. § 41.

Digitized by Google

Ein Verbot der Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft findet sich nicht, wohl aber ist es verboten, das Waarenzeichen anders als in Verbindung mit dem goodwill des Geschäfts, für welches dasselbe geführt wurde, zu veräußern (a trade mark ... when registered shall be assigned and transmitted only in connexion with the goodwill of the business concerned in such particular goods or classes of goods and shall be determinable with such goodwill. 38 & 39 Vict. c. 91 sect. 2.) Eine Haftung des Geschäftserwerbers für die Handelsschulden des Veräußerers ist, ohne daß er sich den Gläubigern gegenüber verbindlich gemacht hat, nicht begründet; es ergiebt sich dies zwar nicht aus der in der deutschen Literatur mehrfach hierfür angeführten Bestimmung in 19 & 20 Vict. c. 97 sect. 4 (Regelsberger Z. 14. 10; Simon Z. 24. 132), wohl aber aus den Grundsätzen, die bei dem Eintritt eines neuen Partners in ein bestehendes Handelsgeschäft, sei es das eines Einzelkaufmannes oder einer Handelsgesellschaft, maßgebend sind (Smith mercantile law p. 45 ss.).

Das holländische zaak oder handelszaak erklärt Kist beginselen I bl. 64 für gleichbedeutend mit Handelsvermögen (dat gedeelte van het vermogen, dat tot een handelsdoël bestemd is). Er betrachtet dasselbe, auch beim Einzelkaufmann, als einen dem Privatvermögen geschlossen gegenüberstehenden Vermögenscomplex und stimmt, wenngleich er keine Rechtspersönlichkeit des Geschäfts annimmt, in Bezug auf die praktischen Konsequenzen mit Endemann überein, muß aber zugeben, daß die von ihm behaupteten Sätze nicht sowohl dem geltenden Recht als dem Recht der Zukunft angehören.

Eingehende Erörterungen enthält die französische Jurisprudenz über den Begriff des fonds de c. und die Geschäfte, die einen solchen zum Gegenstande haben. In ersterer Hinsicht ist eine ähnliche Wahrnehmung zu machen wie bei den Versuchen, die Bedeutung des Ausdruckes Handelsgeschäft festzustellen. Auch das Wort fonds de c. ist aus der Sprache des täglichen Lebens in die Rechtssprache übernommen worden, ohne hier eine fixirte Bedeutung erhalten zu haben. Daher ist es erklärlich, daß dasselbe bald in weiterem bald in engerem Sinne verstanden wird. Dalloz, v. industrie No. 347 begreift darunter les rélations commerciales attachées à l'établissement, les créances actives et passives qui en dépendent, les ustensiles, machines et matières premières servant à l'exploitation, plus les autres objets de la propriété industrielle, tels que la marque, le nom, l'enseigne. Andere Definitionen lauten beschränkter und rechnen zum fonds de c. entweder nur das Aktivvermögen oder blos Theile desselben: die Kundschaft, das Recht auf die Benutzung des Geschäftslokals, des Geschäftsnamens, der Waarenzeichen, je nachdem aber auch die Waarenbestände] (les marchandises neuves garnissant le fonds), die zur Geschäftseinrichtung gehörigen Mobilien (l'installation) u. dgl. m. — Die Differenzen, die in dieser Hinsicht bestehen, zeigen, daß der fonds de c., so wenig wie bei uns das Handelsgeschäft oder Handelsvermögen eine geschlossene Einheit ist, sondern daß die einzelnen Bestandtheile willkürlich von demselben lösbar sind. Darauf wird auch von Dalloz a. a. O. hingewiesen.

Der Verkauf eines fonds de c. wird zunächst nur auf die Kundschaft und auf diejenigen materiellen Werthe bezogen, auf denen unmittelbar die Identität des Geschäftsbetriebes beruht. Ohne besondere Abmachung succedirt daher der Käufer weder in die ausstehenden Geschäftsforderungen, noch haftet er dem

Digitized by Google

Verkäufer für die Uebernahme der Geschäftsschulden. Ebenso wenig können sich, sofern kein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, die Gläubiger des Veräußerers an den Käufer halten. Nach einem Pariser Handelsgebrauch soll die Veräußerung eines fonds de c. öffentlich bekannt gemacht und mit der Bekanntmachung eine Aufforderung an die Gläubiger verbunden werden, sich binnen einer kurzen Frist (10 Tagen) Behufs Wahrung ihrer Rechte beim Käufer zu melden. Erst nach Ablauf dieser Frist ist der Käufer befugt, den Kaufpreis an den Verkäufer zu zahlen. — Daraus scheint hervorzugehen, daß, wenn der Käufer ohne Beobachtung dieser Vorsichtsmaßregeln zahlt, er den Geschäftsgläubigern bis zum Betrage des Kaufpreises persönlich haftet, vgl. auch Lyon I. No. 686. — Während demnach Aktiva und Passiva nicht ohne Weiteres auf den Erwerber übergehen, gilt der Uebergang des Geschäftsnamens, insoweit derselbe statthaft ist (unten Zus. I zu § 40) der Waarenzeichen, der Schilder und Wappen (enseigne, armoiries), deren sich der Veräußerer zur Bezeichnung seines Geschäftsbetriebes bedient, als selbstverständlich, ebenso daß der Erwerber sich als Geschäftsnachfolger des Veräußerers ankündigen darf. Dem letzteren liegt ferner ob, sich aller Handlungen zu enthalten, welche den Erfolg haben, dem veräußerten Geschäft die Kundschaft abwendig zu machen; es ist der Begriff der concurrence déloyale, der hierbei in besonders prägnantem Sinne zur Geltung kommt. Im einzelnen Fall kann es hiernach auch zu den Verpflichtungen des Verkäufers gehören, innerhalb gewisser zeitlicher und örtlicher Grenzen den Betrieb eines gleichartigen Geschäfts überhaupt zu unterlassen. Die Frage, ob und inwieweit eine derartige Verpflichtung anzunehmen ist, wird von der Jurisprudenz richterlichem Ermessen anheimgestellt.

Eine umfassendere Bedeutung hat der fonds de c., wenn es sich um ein Vermächtniß desselben handelt. Ein solches gilt als ein Universalvermächtniß (legs à titre universel), welches das gesammte Geschäftsvermögen, einschließlich der Geschäftsforderungen und Schulden auf den Vermächtnißnehmer überträgt, und den Gläubigern das Recht giebt, sich direkt an letzteren zu halten.

Die Erörterungen über den Nießbrauch an einem fonds de c. drehen sich wesentlich um die Frage, ob derselbe als Quasiusus fruct oder als eigentlicher Nießbrauch anzusehen ist. Die verschiedenen Folgen in Bezug auf die Restitutionspflicht ergeben sich aus Code civ. 587, 589. Die Jurisprudenz, auch des Kassationshofes, scheint zu schwanken. Dagegen besteht darüber keine Meinungsverschiedenheit, daß dem Nießbraucher der Geschäftsgewinn während der Dauer des Nießbrauchs als fructus civiles zusteht, code civ. art. 586.

Andere den fonds de c. als ein Ganzes betreffende Geschäfte mögen hier unerwähnt bleiben.

Eine ausdrückliche Bestimmung über die Folgen des Geschäftsüberganges, wohl veranlaßt durch die Kontroverse des Deutschen H.R.'s, enthält Ungarn 20: „Uebernimmt bei Uebertragung eines Handelsgeschäfts der Uebernehmer die bisherigen Verbindlichkeiten der Firma, so steht den Gläubigern bezüglich dieser Verbindlichkeiten sowohl gegen den Uebertragenden als auch gegen den Uebernehmer ein Klagerecht zu." An der Bestimmung ist auszusetzen, daß sie der Abmachung unter den Kontrahenten ohne Weiteres Wirkung nach Außen verleiht, vgl. Simon Z. 24. 104[12]. Ihrem Wortlaut nach bezieht sie sich lediglich auf die Veräußerung eines Handelsgeschäfts mit der Firma.

Digitized by Google

Von den Entwürfen bestimmen über die Wirkung der Veräußerung eines Handelsgeschäfts Om. 28, 29, und Or. 31, 32. Ersterer gewährt den Gläubigern einen Anspruch gegen den Erwerber, wenn dieser erklärt „eine schon bestehende Erklärung mit Last und Vortheil (per stralzio) zu übernehmen" und die Erklärung protokollirt wird; letzterer schon dann, wenn die Uebernahme der Handlung eingetragen ist. Darauf ob die bisherige Firma geändert oder beibehalten wird, kommt es nach beiden Entwürfen nicht an. Die Rechte der Gläubiger gegen den ursprünglichen Schuldner werden durch die Uebernahme an sich nicht beseitigt, erlöschen aber, wenn derselbe drei Jahre hindurch nicht in Anspruch genommen wird.

II. Uebergang der Forderungen und Schulden bei Veräußerung eines Handelsgeschäfts. — Zur Erläuterung des oben Hervorgehobenen ist hier noch Folgendes zu bemerken: Das Verhältniß zwischen Erwerber und Veräußerer bestimmt sich nach dem Inhalt des Veräußerungsvertrages. Ob und in welchem Umfang letzterer eine Uebertragung der Aktiva und Passiva auf den Erwerber in sich schließt, ist eine Interpretationsfrage. Ist der Uebergang verabredet, so liegt in Betreff der ausstehenden Forderungen eine Cession, hinsichtlich der Passiva die Uebernahme einer Verpflichtung in dem oben S. 207 f. angegebenen Sinn vor. — In Bezug auf das Verhältniß des Erwerbers zu den Gläubigern und Schuldnern kommt neben dem Vertrag die etwa von den Kontrahenten erlassene öffentliche Bekanntmachung in Betracht. a) Der Veräußerungsvertrag begründet einen Anspruch der Gläubiger gegen den Erwerber nur dann, wenn man ihn als einen Vertrag zu Gunsten Dritter auffaßt. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Auffassung berechtigt ist, ist verschieden zu beantworten, je nach den allgemeinen Grundsätzen, von denen man in dieser bekanntlich sehr bestrittenen Lehre ausgeht. Vgl. hierüber neuerdings R.civ. 2. 16 (49 ff.). — Anders liegt die Sache in Betreff der Schuldner. Erstreckt sich die Veräußerung des Handelsgeschäfts auf die Aktiva, so gehen die ausstehenden Forderungen unmittelbar durch den Vertrag auf den Erwerber über, „die generelle Uebertragung der Aktiva bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts schließt eine für alle einzelnen Aktiva genügende Abtretung" in sich R. 2. 36 (155). Der Erwerber kann demnach, wenn er sich auf den Veräußerungsvertrag stützen will und aus demselben den Uebergang der Aktiva darzuthun vermag, die Schuldner ohne Weiteres in Anspruch nehmen. — b) Mit der Bekanntmachung über die Veräußerung des Handelsgeschäfts wird häufig eine Erklärung über das Schicksal der Aktiva und Passiva, ob sie dem Veräußerer verbleiben oder auf den Erwerber übergehen sollen, verbunden. Erfolgt die Erklärung in dem letztgedachten Sinn, so hat sie hinsichtlich der Geschäftsschulden die oben näher bezeichnete Bedeutung eines vom Erwerber den Gläubigern gegenüber abgegebenen Erfüllungsversprechens (constitutum). Selbstverständlich wird eine Befreiung des Veräußerers durch die Uebernahme der Passiva seitens des Erwerbers ohne eine den ersteren liberirende Erklärung der Gläubiger nicht herbeigeführt. Hierzu ist, da es sich um das Aufgeben eines Anspruches handelt, eine, wenn auch nicht ausdrückliche, so doch unzweideutige Erklärung nothwendig. Daß die Gläubiger ihre Ansprüche gegen den Erwerber geltend gemacht, sich mit ihm in Verhandlungen eingelassen, die Geschäftsverbindung mit ihm fortgesetzt haben, ist in dieser Hinsicht regelmäßig nicht für ausreichend zu erachten; unter besonderen Voraussetzungen wird in einem derartigen Verhalten allerdings eine

Digitized by Google

genügende Kundgebung des Liberationswillens gefunden werden können. — Die Bekanntmachung in Betreff der Aktiva legitimirt den Erwerber, die ausstehenden Forderungen geltend zu machen, ohne daß es noch eines Zurückgehens auf die in dem Veräußerungsvertrag enthaltene Uebertragung bedarf; sie hat gleichzeitig, was in Verbindung hiermit steht, die Wirkung der Denunciation: die Schuldner können sich nach derselben nicht mehr durch Leistung an den Veräußerer befreien, überhaupt keine Befreiungsgründe, die nachträglich diesem gegenüber entstanden sind, dem Anspruch des Erwerbers entgegensetzen. Diese Wirkung tritt, wenn die Veröffentlichung gehörig, d. h. in geschäftsüblicher Weise erfolgt ist, allen Betheiligten, auch denen gegenüber ein, die nicht Kenntniß von ihr genommen haben. Entschuldbare Unkenntniß, s. folg. §. — Aus dem Bemerkten ergiebt sich, daß die Bekanntmachung von der Uebernahme der Passiva durch den Erwerber nicht blos als eine Benachrichtigung anzusehen ist, sondern daß sie zugleich die Bedeutung einer Willenserklärung hat. Und zwar kommt ihr die letztere Bedeutung zu, ohne Rücksicht auf die ihr gegebene Fassung. Also ebensowohl dann, wenn sie die Erklärung enthält, daß der Erwerber die Passiva reguliren werde oder die Gläubiger auffordert, sich Behufs ihrer Befriedigung bei demselben zu melden, wie wenn sie blos nachrichtlich lautet, daß er die Passiva übernommen habe, daß das Geschäft mit den Passiven auf ihn übergegangen sei. Die Erklärung in Betreff des Ueberganges der Aktiva hat regelmäßig nur die Bedeutung, einen bereits stattgehabten Vorgang offenkundig zu machen; unter Umständen kann sie ebenfalls eine rechtsbegründende Wirkung haben, da ihr Inhalt den Schuldnern gegenüber auch dann maßgebend ist, wenn die Parteien zuvor noch gar keine Vereinbarung in dieser Hinsicht getroffen haben oder wenn sie mit der früheren Abrede nicht im Einklang steht. Eine weitere Folge des Hervorgehobenen ist, daß in Bezug auf die Passiva das Hauptgewicht auf die Erklärung des Erwerbers, hinsichtlich der Aktiva dagegen auf die des Veräußerers zu legen ist. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Bekanntmachungen über die Veräußerung eines Handelsgeschäfts nach der Geschäftssitte entweder von beiden Kontrahenten gemeinschaftlich oder mittelst äußerlich gesonderter, aber korrespondirender Erklärungen bewirkt zu werden pflegen. Stillschweigendes Einverständniß Z. 15. 247 (Dresd. 66).

Da die Kontrahenten bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts über die zu demselben gehörigen Vermögensbestandtheile beliebig verfügen können, so können sie auch bestimmen, daß die Forderungen und Schulden nur theilweise auf den Erwerber übergehen sollen. Und zwar kann hierbei ebensowohl eine Quotentheilung stattfinden wie die Vereinbarung, daß der Uebergang nur hinsichtlich gewisser Aktiva und Passiva eintreten soll oder daß umgekehrt einzelne Aktiva und Passiva von der Uebertragung ausgeschlossen sein sollen. Erfolgt in den letztgedachten Fällen eine öffentliche Bekanntmachung der Uebernahme, so sind die betreffenden Gläubiger und Schuldner durch Vorbehalte in der öffentlichen Ankündigung selbst oder durch gleichzeitige, speziell an sie gerichtete Erklärungen darauf hinzuweisen, daß sie nicht von dem allgemeinen Schicksal betroffen werden, da sie sonst befugt sein würden, den Inhalt der Veröffentlichung auch auf sich zu beziehen.

Eine Schranke findet die willkürliche Bestimmung der Kontrahenten insofern, als objektive Veräußerungsbeschränkungen vorhanden sind. Forderungen, die überhaupt nicht durch Cession übertragbar sind, gehen auf den Erwerber eines Han-

Digitized by Google

delsgeschäfts auch dann nicht über, wenn nach der Absicht der Kontrahenten die Veräußerung das gesammte Handelsvermögen umfassen soll. Desgleichen bestimmt sich die Befugniß des Erwerbers zum Eintritt in schwebende Vertragsverhältnisse (Societäts-, Mieth-, Dienstverträge u. dgl., wohl zu unterscheiden von dem Recht, Entschädigungsansprüche aus solchen Verträgen geltend zu machen, R. 1. 7 (37 ff.) nicht allein nach dem Willen der Kontrahenten, sondern es ist eine mit Rücksicht auf die Natur und den Inhalt der betreffenden Verträge in jedem einzelnen Fall besonders zu entscheidende Frage, ob sich die Drittbetheiligten einen solchen Eintritt gefallen lassen müssen, vgl. R. 18. 96 (374).

Handelsgebräuche können sowohl für das Verhältniß zwischen Erwerber und Veräußerer wie in Bezug auf die Stellung der Kontrahenten zu dritten Personen (Gläubigern oder Schuldnern) bedeutsam werden. In erster Hinsicht kommt der Handelsgebrauch Behufs Feststellung des Kontraktwillens, also im Sinn des Art. 279 (als Usance) in Betracht, so wenn beim Mangel ausdrücklicher Abrede zu entscheiden ist, ob und in welchem Umfange die Veräußerung eines Handelsgeschäfts ausstehende Forderungen und Schulden in sich begreift. Dritten Personen gegenüber ist die Berufung auf derartige Handelsgebräuche insoweit statthaft, als ihnen gegenüber der Vertrag als solcher wirksam wird (Vertrag zu Gunsten Dritter — Geltendmachung von ausstehenden Forderungen auf Grund des Veräußerungsvertrages). — Sofern es sich dagegen um die Bedeutung der öffentlichen Bekanntmachung handelt, ist ein Handelsgebrauch im Sinn des Art. 1 erforderlich. So kann möglicherweise ein Handelsgebrauch letzterer Art bestehen, nach welchem, wenn die Bekanntmachung des Geschäftsüberganges in Betreff der Aktiva und Passiva Nichts besagt, Dritten gegenüber dieselben Wirkungen eintreten, wie wenn der Erwerber ihre Uebernahme öffentlich erklärt hätte. Ebenso ist es denkbar, daß nach Handelsgewohnheitsrecht der Erwerber eines Handelsgeschäfts den Geschäftsgläubigern aus der Zeit seines Vorgängers unbedingt, also auch trotz etwaiger entgegenstehender Erklärungen als verhaftet gilt. Desgleichen können durch Handelsgebräuche im Sinn des Art. 1 die Voraussetzungen, unter denen eine Liberation des Veräußerers anzunehmen ist, näher bestimmt sein.

III. Im gesammten deutschen H.R. ist keine andere Frage so viel erörtert wie die nach der Haftung des Firmenerwerbers für die Geschäftsschulden und bezw. nach seiner Berechtigung hinsichtlich der ausstehenden Forderungen. Für den auch hier nächstliegenden Fall einer Veräußerung unter Lebenden ist die Frage genauer so zu stellen: Ist der Erwerber eines Handelsgeschäfts, der dasselbe unter der bisherigen Firma fortführt, lediglich auf Grund dieser Thatsache den Geschäftsgläubigern haftbar, deren Forderungen dem früheren Firmeninhaber gegenüber entstanden sind, und ist er auf Grund dieser Thatsache legitimirt, über die zur Zeit seines Erwerbes vorhandenen Außenstände zu verfügen? Die Kontroverse bezüglich beider Fragen bestand längst vor dem H.B.B., bereits Gans in den Beitr. z. Revis. d. preuß. Gesetzg. S. 36 ff. hielt eine gesetzliche Entscheidung derselben für geboten. Die N.C. hat es vergebens versucht, zu einer solchen zu gelangen. Prot. 41 ff., 1431 ff.; dazu Goldschmidt im Beil.heft zu Z. 3. 27. Unter der Herrschaft des H.G.B.'s hat im Gegentheil in Folge der allgemeineren Anwendbarkeit, die dem Institut der Firma zu Theil geworden ist, auch unsere Streitfrage weitere Dimensionen angenommen. Die verschiedenen Auffassungen führen zu einem dreifach verschiedenen Ergebniß. Die eine, am eingehendsten von

Digitized by Google

Regelsberger begründet, der sich die Rechtsprechung des R.O.H.G.'s angeschlossen hat, neuerdings auch durch Simon vertreten, spricht der Fortführung der Firma jede Bedeutung für das Schicksal der Aktiva und Passiva ab. Die Stellung des Erwerbers zu den Gläubigern und Schuldnern bestimmt sich dieser Ansicht zufolge lediglich nach den zu II. entwickelten Grundsätzen, gleichviel ob das Geschäft unter der bisherigen oder unter einer neuen Firma fortgeführt wird. Dagegen legen die beiden anderen Meinungen der Fortführung der Firma die Wirkung einer öffentlichen Erklärung bei, daß das Geschäft mit Aktivis und Passivis auf den Erwerber übergegangen sei. Ihre Differenz besteht darin, daß nach der Auffassung, welcher Thöl den prägnantesten Ausdruck gegeben hat, diese Wirkung unabänderlich mit jener Thatsache verknüpft ist, während die zweite hierher gehörige Ansicht, die u. A. von mir vertheidigt worden ist, die gedachte Wirkung nur präsumtiv eintreten läßt und die Möglichkeit gewährt, sie durch eine entgegenstehende öffentliche oder den betreffenden Gläubigern und Schuldnern kundgegebene Erklärung auszuschließen. — Vom Standpunkt des positiven Rechts ist für die Entscheidung unter diesen drei Ansichten die Auslegung des Art. 23 wesentlich; alle Argumente, die man sonst noch von der einen oder der anderen Seite in's Feld geführt hat, sind abwegig. Zu den unhaltbaren Gründen gehört insbesondere die Annahme einer Rechtspersönlichkeit der Firma oder einer Geschlossenheit des zum Firmengeschäft gehörigen Handelsvermögens, was beides hier ebensowenig begründet ist, wie da, wo die Rücksicht auf die Firma nicht in Betracht kommt, — desgleichen die Berufung auf Art. 113. Gegen diese Argumente übereinstimmend die Abh. von Regelsberger, mir und Simon. Thöl findet in dem gedachten Art. 23 ausgesprochen, daß der Uebergang des Handelsgeschäfts die unabweisliche Folge des Firmenüberganges sei; Handelsgeschäft bedeutet ihm aber „die unter Gebrauch der bisherigen Firma begründeten Forderungen und Schulden und weiter nichts von dem, was man unter Handelsgeschäft noch verstehen könnte". Trotz ihrer scharfsinnigen Begründung ist diese Interpretation nicht zu billigen, da sie sowohl dem Wortlaut des Gesetzes wie der aus den Prot. sich ergebenden Absicht des Gesetzgebers Gewalt anthut. An der früher von mir vertretenen Ansicht halte ich auch jetzt noch insoweit fest, als danach die Veräußerung des Handelsgeschäfts nicht als eine Folge, sondern als eine Voraussetzung für die Gültigkeit des Firmenüberganges anzusehen ist. Eben deswegen aber muß ich bei erneuter Prüfung anerkennen, daß sich aus der gedachten Bestimmung kein Schluß auf die Stellung des Firmenerwerbers zu Gläubigern und Schuldnern ziehen läßt. Auf den weiteren oder engeren Begriff des Handelsgeschäfts kommt hierbei nichts an; entscheidend ist, daß wenn die gedachte Vorschrift eine Bedingung der Firmenveräußerung feststellt, sie nur auf das Verhältniß des Veräußerers zum Erwerber bezogen werden kann. Bestätigt wird diese Auffassung durch den Inhalt der Berathungen, in denen die Regelung der Folgen des Firmenüberganges abgelehnt worden ist, weil man hierüber keine Bestimmung treffen wollte, Prot. 1431 ff. Im Ergebniß gelangt man hiernach zu der ersten der voraufgeführten drei Ansichten. — Aus Vorstehendem folgt zugleich, daß Handelsgebräuche im Sinne des Art. 1, welche die Folgen des Firmenüberganges Dritten gegenüber betreffen, ebenso zu berücksichtigen sind, wie bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts ohne Firma. Einen angeblichen Hamburger Handelsgebrauch dieser Art s. bei Simon Z. 24. 167. Dagegen läßt sich ein

Digitized by Google

Handelsgebrauch, der, wie dies nach früherem Hamb. Recht der Fall gewesen zu sein scheint, den Firmenübergang nur dann für zulässig erklärt, wenn die Aktiva und Passiva vom Erwerber übernommen werden, Simon S. 159; Heinsen in Verh. d. XIV D. Jur.tages I. S. 234, Angesichts des Art. 23 gegenwärtig nicht mehr aufrecht erhalten.

Aus der Literatur über die vorstehenden Fragen sind zu erwähnen: Regelsberger Z. 14. 1 ff.; Behrend Ztschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. in Preußen Bd. 4 S. 429 ff.; Mommsen in Bu. 32. 201 ff.; Thöl Theorie u. Praxis des H.R.'s I S. 4 ff.; Simon Z. 24. 91; Gutachten von Heinsen in Verh. des 14. D. Jur.tages I S. 215 ff. In den beiden ersten Abh. sowie in der von Simon und in dem Gutachten von Heinsen weitere Literaturangaben auch aus der Zeit vor dem H.G.B., neuerdings hinzugekommen Ladenburg in Bu. 40. 49 ff. Das Gutachten von Heinsen behandelt die Frage wesentlich de lege ferenda; dazu Verhandlungen des 15. D. Jur.tages (Leipzig 1880) Bd. 2 S. 132 ff.; 346 ff.

Hierher gehörige Entscheidungen des R.O.H.G.'s: R. 1. 18 (68 f.); 2. 8 (55); 2. 33 (144); 2. 36 (152); 2. 40 (173); 3. 38 (182); 3. 70 (333); 3. 75 (361); 4. 41 (198); 8. 9 (41); 8. 93 (383); 11. 50 (149); 12. 55 (159); 16. 66 (273); 18. 96 (370); 21. 73 (233); jetzt auch das Reichsgericht R. civ. 1. 95 (260 ff.) 2. 16 (49). — Die frühere Judicatur steht vielfach auf einem abweichenden Standpunkt, so O.Tr. Berlin, welches zwischen der zweiten und dritten oben angef. Ansicht schwankt. Bu. 12. 230; 17. 175; 23. 222, 266; Z. 14. 490; 15. 239, 244; H.A.G. Nürnb. Bu. 13. 9; Z. 14. 490 (neuerdings hat sich dasselbe dem R.O.H.G. conformirt, Bu. 26. 256); Baden Ob.Hof G. Bu. 19. 41; Oesterr. Z. 6. 590 (vor dem H.G.B.), Cl. u. A. 4. 642, 702; vgl. aber auch 3. 408 das. Ob die drei letztgenannten Gerichtshöfe sich der zweiten oder dritten Ansicht anschließen, ist aus den mitgetheilten Erk. nicht deutlich zu ersehen. — Im Wesentlichen von denselben Grundsätzen wie das R.O.H.G. sind schon früher ausgegangen: Ob.A.G. Lübeck Z. 6. 587, 588; O.Tr. Stuttgart Seu. 6. 242; Ob.A.G. Dresden Bu. 25. 233, 235, 26. 364; Hofg. Darmstadt Bu. 8. 174; A.G. Eisenach Bu. 19. 252. Vgl. auch Regelsberger S. 4 ff.; Heinsen S. 220 ff.

§ 38.

Handelsniederlassung. Haupt- und Zweigniederlassung[1]).

I. Handelsniederlassung (Etablissement[2]) heißt 1) der

[1]) Brinckmann § 22, 23; Thöl § 51, 178; Endemann § 16; v. Hahn und v. Völdernd. zu Art. 19 und 21; Renaud Aktiengesellschaften 2. Aufl. § 69; Agricola in Siebenhaar's Archiv f. W. u. H.R. Bd. 12 S. 279 ff.; Rhenius, Zur Lehre von der Zweigniederlassung nach D. H.R, Halle 1875 (in der Hauptsache verfehlt, Einzelnes gut); Staudinger Z. 4. 82 ff.; Dietrich, Bu. 1. 144; Lesse, Bu. 1. 255, 2. 285; Keyßner, Bu. 1. 265; 2, 50. In der fremden Literatur finden sich nur gelegentliche Erörterungen: Pard. 1. No. 78; 4. 976, 1089. 5. 1094; 6. 1357; Bédarride, sociétés 2. No. 357.c. 376; Massé 2. No. 1004 s.; Vidari 2. No. 650 ss.

[2]) Im H.G.B. kommt der Ausdruck Handelsniederlassung fünfmal vor: Art. 19, 41[1], 324[2], 325[1], 342[2].

Digitized by Google

Akt, durch welchen Jemand Kaufmann wird, sei es daß er ein neues Geschäft begründet oder in ein bereits bestehendes als alleiniger oder als Mitprinzipal eintritt[3]); 2) der örtliche Mittelpunkt für den Betrieb eines Handelsgewerbes[4]); 3) das von einem bestimmten örtlichen Mittelpunkt aus betriebene Geschäft[5]).

In örtlichem Sinn kommt die Handelsniederlassung als solche nur in Betracht, wenn sie nicht mit der Wohnung des Geschäftsinhabers zusammenfällt[6]). Dies trifft schon dann zu, wenn derselbe ein von seiner Wohnung getrenntes Geschäftslokal besitzt[7]), in noch höherem Maß, wenn der Wohnsitz des Prinzipals und seine Handelsniederlassung örtlich geschieden sind[8]). Die Handelsniederlassung

---

[3]) In allen diesen Fällen ist im Sprachgebrauch des Verkehrs von einem Sich etabliren die Rede, man nennt den, der in der einen oder anderen Weise die Stellung eines Prinzipals für sich begründet hat, einen etablirten Kaufmann, Z. 6. 565 (O.A.G. Lübeck 58.) Dem H.G.B. ist dieser Sprachgebrauch fremd. Ueber den Akt des Etablissements oben S. 96, 100, auch Brinckmann § 22, v. Völdernd. S. 163.

[4]) Mit Ausnahme des Art. 41 liegt diese Bedeutung sämmtlichen vorangeführten Artikeln des H.G.B.'s zu Grunde. Eine Handelsniederlassung in diesem Sinn gehört zum Wesen des stehenden Gewerbebetriebes, sie kann aber auch bei dem Gewerbebetrieb im Umherziehen vorhanden sein, v. Hahn S. 97.

[5]) Nach Prot. 920 soll das Wort Handelsniederlassung in diesem Sinne ganz ungewöhnlich sein, vgl. aber Art. 41 „Eigenthümer einer Handelsniederlassung", auch R. 11. 50 (150) „Veräußerung einer Handelsniederlassung". Gebräuchlicher ist in der gedachten Bedeutung allerdings der Ausdruck Etablissement. Synonym Handlungshaus, französisch ebenso maison de commerce.

[6]) Die Handelsniederlassung ist da, wo sich die merkantile Leitung des Geschäftsbetriebes befindet, v. Hahn und v. Völdernd. a. a. O.; R. 14. 125 (401); 16. 17 (49); Bu. 1. 395 (Danzig Comm. u. Adm.Koll. 62), auch unten zu Anm. 27.

[7]) Ein besonderes Geschäftslokal ist die regelmäßige, aber keineswegs nothwendige äußere Erscheinung eines selbständigen Gewerbebetriebs, R. 4. 30 (157); 25. 14 (51); Bu. 1. 519 (Sächs. J.M. 62). — Ob eine Lokalität als Geschäftslokal anzusehen ist, bestimmt sich nach den Umständen des einzelnen Falles, mit Rücksicht auf die Geschäftssitte; nicht jedes Verkaufslokal, wohl aber regelmäßig das Comptoir, Entsch. des Preuß. O.Tr.'s 52 S. 244.

[8]) Die Handelsniederlassung begründet nach gemeinem Recht weder einen Wohnsitz des Prinzipals noch darf sie als der Wohnsitz des Geschäfts bezeichnet werden. Richtig ist dagegen, daß sie für die geschäftlichen Beziehungen des Kaufmanns in ähnlicher Weise einen Mittelpunkt bildet, wie das Domicil für die Person im Allgemeinen, unten Anm. 13. Uebereinstimmend Thöl und v. Hahn, auch Brinckmann a. a. O.; Thöl ausgew. Entsch.gründ. S. 2 ff. Die Franzosen sind geneigt, den Ort der Handelsniederlassung als domicile spécial anzusehen, Massé 2. No. 1004.

Digitized by Google

als Geschäftslokal ist von Bedeutung a) als gesetzlicher Erfüllungsort[9]; b) als der Ort, an welchem dem Geschäftsinhaber gegenüber gewisse zur Begründung oder zur Erhaltung von Rechten dienende Handlungen (Anzeigen, Kündigungen, Präsentationen, Proteste) vorzunehmen sind[10]; c) für gerichtliche Zustellungen[11]. — Befindet sich die Handelsniederlassung nicht am Wohnsitz des Geschäftsinhabers, so begründet sie die Zuständigkeit des Handelsregisters[12], ferner einen Gerichtsstand desselben hinsichtlich aller Klagen, die auf den Geschäftsbetrieb der Handelsniederlassung Bezug haben[13] und bei einem Ausländer, der im deutschen Reich keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Möglichkeit der Konkurseröffnung über sein im Inland befindliches Vermögen[14].

[9] H.G.B. 324², 325¹, 342². Daß hier die Handelsniederlassung auch das von der Wohnung verschiedene Geschäftslokal bezeichnet, wurde schon auf der N.C. hervorgehoben, Prot. 548, v. Hahn II. S. 219; Anschütz III. S. 232.

[10] D.W.O. 91. Die bei einer best. Person vorzunehmenden Wechselhandlungen müssen, falls ein Geschäftslokal besteht, in diesem vorgenommen werden, sofern nicht der, gegen den die Handlung gerichtet ist, mit der Vornahme an einem anderen Ort einverstanden ist. Dies gilt auch dann, wenn über das Vermögen des Geschäftsinhabers Konkurs eröffnet ist, vorausgesetzt, daß nicht etwa in Folge der Konkurseröffnung eine Aufgabe des Geschäftslokals stattgefunden hat. Letzteres folgt nicht ohne Weiteres daraus, daß bei der Protesterhebung das Geschäftslokal des Gemeinschuldners verschlossen gefunden wird R., civ. 2. 8 (23). In allen übrigen Fällen wird nach Handelsgebrauch, eventuell nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht zu bestimmen sein, ob die betreffenden Handlungen auch an einem anderen Ort gültig erfolgen können. Hierher gehörige Fälle ergeben sich z. B. aus Art. 310, 311, 315, 319¹·², 343², 347¹, 348⁵, 349³, 354, 357², 361, 376², 377, 468², 471¹, 568¹·², 571, 572, 595, 602, 786¹, 810 ff., 822, 845 f., 865, 868. — Ausdrücklich erwähnt wird das Geschäftslokal im H.G.B. nur im Art. 105¹ mit Bezug auf die den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern zustehende Controle über den Geschäftsbetrieb.

[11] Civ.Pr.O. 165², 168, 170. Die Zustellung im Geschäftslokal nach Maßgabe dieser Bestimmungen kann auch dann erfolgen, wenn der Inhalt der Zustellung nicht in Beziehung zum Gewerbebetrieb steht. Nach der Preuß. Allg. Ger.-O. I. 7 § 20 sollten die „Citationen und Befehle den Handelsleuten in ihren Kramläden oder Schreibstuben insinuirt werden", ebenso I. 27 § 15, dazu R. 20. 73 (284).

[12] Art. 12–14; s. auch den folg. §.

[13] Civ.Proc.Ordn. 22¹. Der Gerichtsstand der Handelsniederlassung konkurrirt mit dem allgemeinen Gerichtsstand. Ueber das frühere Recht Thöl § 51; Wetzell § 41; Bayer. E.G. § 65. — Gerichtsstand der Zweigniederlassung Heuser, Annalen Bd. 23. S. 263 (R.O.H.G. v. 6. 4. 78), R. 2. 59 (262); 14. 125 (401); 17. 67 (313); 21. 14 (36); Z. 2. 148 (Darmst. Cass. 58); 22. 295 (A.G. Hamm 67); Bu. 18 156 (Nürnb. 67), auch Anm. 16 und 31.

[14] R.Konk.Ordn. § 208¹. Der Konkurs ergreift in diesem Fall das gesammte

Digitized by Google

II. Ein Kaufmann kann gleichzeitig einen mehrfachen um verschiedene örtliche Mittelpunkte gruppirten Handelsbetrieb und demgemäß mehrere Handelsniederlassungen haben [15]). Steht in diesem Fall das eine Etablissement in geschäftlicher Abhängigkeit von dem andern, so liegt das Verhältniß von Haupt- und Zweigniederlassung vor [16]). Die Zweigniederlassung steht zur Hauptniederlassung in einem ähnlichen Verhältniß, wie die Pertinenz zur Hauptsache [17]).

---

im Inland befindliche, nicht blos das zur Handelsniederlassung gehörige Vermögen des Gemeinschuldners, Stieglitz Komm. zu d. §.

[15]) v. Hahn zu Art. 21 § 1; R. 15. 54 (176). Daß mehrfache Handelsniederlassungen desselben Kaufmannes verschiedene Persönlichkeiten bilden, ist schon deswegen nicht anzunehmen, weil dem Geschäft überhaupt keine Persönlichkeit zusteht, oben 204 [6]. Vereinigung derselben Socien zu verschiedenen von einander getrennten Handelsgesellschaften R. 24. 47 (156 ff.). Hier liegt die Sache insofern anders, als das Vermögen der einzelnen Handelsgesellschaften nicht blos faktisch, sondern auch rechtlich gesondert ist.

[16]) Am besten ist der Begriff der Zweigniederlassung in der Anm. 1 angef. Abhandlung von Agricola entwickelt. Verfehlt ist dagegen die Definition von Rhenius a. a. O. S. 18, nach welcher das Wesen der Zweigniederlassung darin bestehen soll, daß sie eine Handelsniederlassung ist, die kein Handelsdomicil begründet. Will man den ungenauen Begriff des Handelsdomicils überhaupt gelten lassen, so ist ein solches ebensowohl am Ort der Zweigniederlassung wie an dem der Hauptniederlassung vorhanden. — Aus der Judikatur vgl. insbesondere R. 14. 125 (401); 17. 67 (313 ff.); Z. 2. 425 (Darmst. Cass. 58); 6. 582 (Sächs. J.M. 62); 8. 548, 551 (K.G. Berlin, dazu Goldschmidt S. 549); Bu. 27. 445 (Kiel A.G. 69); 31. 246 (Königsberg Comm.-Coll. 74); unten Anm. 21—23. Gleichbedeutend mit Zweigniederlassung werden die Ausdrücke Filiale, Succursale, Commandite gebraucht, obwohl dieselben auch das unselbständige Nebenetablissement bezeichnen. Succursale ist die in Frankreich und Italien üblichste Bezeichnung. Der Ausdruck Commandite weist ursprünglich auf den Fall hin, in welchem der Inhaber eines Handelsgeschäfts bei einem auswärtigen Etablissement als Commanditist betheiligt ist, und wird auch noch gegenwärtig in dieser Bedeutung gebraucht, Agricola S. 287. Die englische Gesellschaftsakte von 1862 sect. 44 kennt außer dem registrirten office der Gesellschaften branch offices, die definirt werden als Oertlichkeiten, where the business of the company is carried on, vgl. Keyßner Z. 7. 560; R. 1. 67 (233).

[17]) Agricola S. 288; Goldschmidt a. a. O.; v. Hahn und v. Völdernd. zum Art. 21. Am Bedeutsamsten ist die Zugehörigkeit der Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung für die Handelsgesellschaften. Da mehrere Hauptniederlassungen derselben Handelsgesellschaft regelmäßig unstatthaft sind (unten zu Anm. 31), so bildet den Gegensatz zu dem Verhältniß von Haupt- und Zweigniederlassung hier nicht sowohl der Fall einer Mehrheit von Hauptniederlassungen desselben Prinzipals, als vielmehr das Nebeneinanderbestehen mehrerer Handelsgesellschaften bei Personenidentität der Socien. Die wesentlichste Wirkung jenes

Digitized by Google

Sie dient vermöge der ihr durch den Prinzipal gegebenen Bestimmung den geschäftlichen Zwecken des Hauptetablissements, ohne ein unselbständiges Glied desselben zu sein [17a]. Wesentlich für den Begriff der Zweigniederlassung ist demnach 1) örtliche Getrenntheit vom Hauptetablissement. An sich würde diesem Erforderniß schon durch die Sonderung der Geschäftslokalitäten genügt sein. Das Gesetz berücksichtigt aber nur entweder die geographische Ortsverschiedenheit oder die Verschiedenheit des politischen Gemeindebezirks [18]. 2) Identität des Prinzipals [19]. 3) Die Zweigniederlassung muß dem allgemeinen

---

Verhältnisses ist, daß das Zweiggeschäft als Vermögensinbegriff sich als eine zu dem Handlungsvermögen der Hauptniederlassung gehörige Masse darstellt. Nach dem im vor. § Bemerkten macht sich diese Wirkung bei dem Einzelkaufmann in viel geringerem Maße geltend, als bei den Handelsgesellschaften. Bei ersterem zeigt sie sich eigentlich nur darin, daß Rechtsgeschäfte, die das Hauptgeschäft mit Aktiven und Passiven zum Gegenstand haben, im Zweifel auch das Zweiggeschäft ergreifen, so namentlich die Veräußerung, R. 1. 7 (38 ff.). Bei den Handelsgesellschaften dagegen ist der Umstand, daß die Zweigniederlassung einen Bestandtheil des Hauptgeschäftes bildet, überall da von Bedeutung, wo die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens wirksam wird, insbesondere im Fall des Gesellschaftskonkurses. — In R. 1. 67 (233), einer auf englisches Recht bezüglichen Entsch., wird ausgeführt, daß es Fälle gebe, in welchen Zweigetablissements desselben Bankinstituts als separate Persönlichkeiten auftreten; allein diese ungenaue Ausdrucksweise will doch nur besagen, daß Haupt- und Zweigniederlassung in Beziehungen zu einander treten können, die äußerlich den Anschein von Rechtsgeschäften haben, oben § 37 Anm. 6.

[17a]) Haupt- und Zweigniederlassung können wegen desselben Wechsels nur einmal Provision beanspruchen. Bu. 33. 343 (A.G. Leipz. 73). Wechselverbindlichkeiten, von der Filiale einer Handelsgesellschaft eingegangen, können unmittelbar gegen die Hauptfirma geltend gemacht werden, nur müssen die zur Sicherung und Erhaltung des Wechselrechts bei dem Verpflichteten vorzunehmenden Wechselhandlungen im Geschäftslokal der Zweigniederlassung vorgenommen werden, Bu. 36. 297 ff. (Hamb. 75). — Gerichtsstand der Zweigniederlassung Civ.Proz.O. 22 [1]. Früheres Recht R. 14. 125 (401); 21. 14 (36). Z. 22. 295 (A.G. Hamm 67); Bu. 18. 156 (Nürnb. 67); — 28. 491 (österr. ob. Ger. 72).

[18]) Nur die „an einem anderen Ort oder in einer anderen Gemeinde" errichtete Zweigniederlassung ist in das Handelsregister einzutragen, Art. 21. Auf den Gemeindebezirk soll da gesehen werden, wo „kaufmännische Geschäfte außerhalb der Städte in ungeschlossenen Ortschaften getrieben werden", Mot. zu Pr. Art. 17 S. 22, auch Prot. 920. Anders v. Hahn S. 100 f. Die Sonderung zweier am gleichen Ort befindlichen Etablissements desselben Prinzipals ist insofern erheblich, als das Geschäftslokal in Betracht kommt.

[19]) Agricola S. 283 f. Fehlt diese Identität, so ist niemals eine Zweigniederlassung vorhanden. Daher hört das Verhältniß der Zweigniederlassung auf,

Digitized by Google

Begriff der Handelsniederlassung entsprechen. Die Thätigkeit, deren örtlichen Mittelpunkt sie bildet, muß demnach in dem gewerbmäßigen Abschluß von Handelsgeschäften (Grundgeschäften) bestehen [20]). Ausgeschlossen sind in Folge dessen alle Anlagen, die zwar für den Betrieb des Handelsgewerbes, aber nicht Behufs des Abschlusses von Handelsgeschäften errichtet sind: Fabriken, technische Bureaus u. dgl. [21]), ebenso Etablissements, die nur zur Vorbereitung, Vermittlung, Ausführung der von der Hauptniederlassung zu schießenden oder geschlossenen Geschäfte dienen: Agenturen, Empfangnahme- und Aushändigungsstellen [22]). 3) Eine gewisse Selbständigkeit des Geschäftsbetriebes. Die Zweigniederlassung soll selbst der Mittelpunkt eines Handelsbetriebs, mithin derartig organisirt sein, daß sie auf Grund ihres Geschäftsbetriebs beim Wegfall des Hauptetablissements als eigene Handelsniederlassung fortbestehen könnte [23]). — Gleichheit der Firma wird im H.G.B. zwar als Regel vorausgesetzt, aber nicht als Erforderniß aufgestellt [24]). Die Abhängigkeit vom Hauptetablisse-

---

wenn die Prinzipalschaft der Haupt- und Zweigniederlassung sich von einander scheiden. Anders Cl. u. A. 2. 142.

[20]) Oben Anm. 16.

[21]) Z. 8. 547 (Wien Ob.L.G. 64); Cl. u. A. 1. 14.

[22]) Subdirektionen und Generalagenturen der Versicherungsgesellschaften haben regelmäßig den Charakter von Zweigniederlassungen, indeß ist der Name der Anstalt nicht unbedingt entscheidend, R. 14. 125; 16. 67; Z. 2. 425 (Darmst. Cass. 58); 8. 551 (K.G. Berlin); Bu. 1. 396; 27. 445 (A.G. Kiel 69); 34. 324 (österr. ob.Ger. 71). — Größerer oder geringerer Umfang des Geschäftsbetriebs? Bu. 1. 265 ff.

[23]) Mit Rücksicht auf dieses Erforderniß ist den Eisenbahnstationen die Eigenschaft der Zweigniederlassung abzusprechen, vgl. hierüber Dietrich, Bu. 1. 144; Lesse, Bu. 2. 285; R. 14. 125 (402); Z. 6. 583 (A.G. Gotha 63); 8. 549 (Sächs. J.Min., K.G. Berl. 64); Bu. 2. 290 (Frankf. A.G. 63); 17. 3; 21. 7. (österr. ob.Ger. 68, 69.) Wird aber von der Bahnstation noch ein anderes Gewerbe ausgeübt, z. B. der Trajekt einer Dampffähre, so ist insofern eine selbstständige Niederlassung vorhanden, Bu. 6. 130 ff. (Darmst. Cass. 65), Reichsger. v. 24. 9.80 Beil. z. Reichsanz. v. 21. 12. 80. — Die außerhalb des Hauptsitzes der Reichsbank errichteten Reichsbankhaupt- und Reichsbankstellen sind Zweigniederlassungen, nicht dagegen die Reichsbanknebenstellen, Reichsbankges. § 36 ff., Struckmann und Koch Komm. zu § 22 Civ.Proc.Ordn. — Filialen der österr. Nationalbank? Z. 8. 548.

[24]) Art. 21 [2]: Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo die Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche Firma, so muß der Firma ein Zusatz beigefügt werden, durch welchen sie sich von jener bereits vorhandenen Firma deutlich unterscheidet. — In diesem Fall ist die Verschiedenheit zwischen der Firma der Haupt- und der

Digitized by Google

ment beruht auf dem Willen des Prinzipals, der, soweit nicht ausdrückliche Erklärungen vorhanden sind, aus der Geschäftseinrichtung zu entnehmen ist[25]).

III. Bei Handelsgesellschaften heißt der Ort, an welchem sich die Hauptniederlassung befindet, der Sitz der Gesellschaft[26]). Als solcher gilt der Ort, von welchem aus die Leitung der Gesellschaftsgeschäfte erfolgt auch dann, wenn daselbst keine Handelsgeschäfte abgeschlossen werden[27]). Jede Handelsniederlassung außerhalb des Gesellschaftssitzes ist eine Zweigniederlassung[28]). Die Bestimmung des Gesellschaftssitzes erfolgt durch den Gesellschaftsvertrag (das Statut) bezw. einen Nachtrag desselben[29]). Um in das Handelsregister eingetragen zu werden, bedarf jede Handelsgesellschaft eines einheitlichen Sitzes[30]). Mehrere Hauptniederlassungen können demnach nur diejenigen Handelsgesellschaften haben, für die die Eintragung nicht Bedingung des Zustandekommens ist, und auch diese nur, so lange die letztere nicht stattgefunden hat[31]).

Zweigniederlassung gesetzlich nothwendig, nicht aber ist sie nur in diesem Fall statthaft, Agricola S. 285, anders Bu. 9. 449 (Stuttg. Ob.H.G. 66); 16. 78 (A.G. Eisen. 63). Besteht eine Verschiedenheit der Firma, so ist die Beschränkung der Prokura auf die Haupt- oder Zweigniederlassung zulässig, Bu. 9. 450.

[25]) Die ausdrückliche Erklärung des Prinzipals ist nur dann nicht entscheidend, wenn sie mit den thatsächlichen Verhältnissen im Widerspruch steht.

[26]) Art. 86, 87, 151, 153, 155, 163[1], 176, 179, 198, 209, 210, 214, Genossensch.ges. § 3, 4.

[27]) R. 21. 14 (36). Z. 2. 425 (Darmst. Cass. 58); 6. 585 (Sächs. J.M. 62); 22. 295 (O.Tr. Berl. 73); Cl. u. A. 1. 14.

[28]) Die Befugniß zur Errichtung von Zweigniederlassungen steht, vorausgesetzt daß sie nicht als eine Aenderung des Gesellschaftsvertrages (Statutes) anzusehen ist, bei der offenen Handelsgesellschaft der Gesammtheit der nicht von der Vertretungsbefugniß ausgeschlossenen Gesellschafter, bei der Kommanditgesellschaft dem oder den persönlich haftenden Gesellschaftern, bei der Aktiengesellschaft und eingetragenen Genossenschaft dem Vorstand zu. Bei der Aktiengesellschaft und eingetragenen Genossenschaft kann aber die Errichtung auch von der Generalversammlung ausgehen, ebenso kann für die Zweigniederlassung ein besonderer Vorstand ernannt werden, R. 22. 63 (282 ff.); Renaud A.G. S. 646.

[29]) H.G.B. 86, 151, 175[2], 209[1], Genossensch.ges. § 3[1].

[30]) v. Hahn zu Art. 86 § 3. Der Sitz begründet den allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaft, Civ.Proc.Ordn. § 22[1]. Nach früherem preuß. Prozeß konnte auch außerhalb des Gesellschaftssitzes ein ordentlicher allgemeiner Gerichtsstand der Gesellschaft begründet sein, R. 4. 30 (157 ff.).

[31]) Ueber Zweigniederlassungen ausländischer Gewerbtreibenden, insbesondere auswärtiger Gesellschaften, vor Allem der Versicherungsgesellschaften Staudinger

Digitized by Google

§ 39.
Publicität. Handelsregister.[1])

I. Das Bedürfniß nach Publicität ergiebt sich aus der Natur des Handelsverkehrs. Dasselbe besteht für alle Rechtsverhältnisse, die eine nach Außen gerichtete, nicht blos auf bestimmte Personen beschränkte Wirkung anstreben, desgleichen in Bezug auf Thatsachen und Willenserklärungen, die eine Aenderung oder gänzliche Aufhebung solcher Rechtsverhältnisse herbeiführen oder bezwecken. Im Gegensatz hierzu stehen die Interna der Geschäftsführung und die Beziehungen des Prinzipals zu einzelnen Personen.[2]) Das Ver-

---

in der Anm. 1 angef. Abh., R. 2. 59 (261); 14. 16 (37); Z. 2. 148 (Darmst. Cass. 58); Z. 6. 581, 582; Bu. 2. 139 (Sächs. J.Min. 62, 63); Z. 8. 550 (Weimar); 8. 554 (österr. Ob.Ger. 64); Bu. 36. 296 (Hamb. 75); 38. 245 (O.Tr. Berl. 77); Cl. u. A. 2. 130.

[1]) Thöl I § 54; Gad § 15; Endemann § 21. — Schebeck, Das H.R. nach dem allgemeinen H.G.B., Gutachten der Handels- und Gewerbekammer in Prag, 2 Hefte, Prag 1866, 72, dazu Goldschmidt Z. 17. 670; Spiller, Der Handelsrichter als Kommissarius zur Führung des H.R.'s, Berlin 1876 (Auszug Bu. 34. 134 ff.). — Weber, Die Anmeldung der Firmen, Zeichen u. Muster zum H.R., Köln 1879, dazu Keyßner Z. 25. 435. — Abhandlungen: Busch, Das H.R. in s. Arch. 1. 161 ff.; Kayser in Gruchot 19. 749 ff. (Eintragung mehrerer Personen, die ein Handelsgeschäft führen, ohne eine Handelsgesellschaft zu bilden; Eintragung mehrerer Miterben; Mangel einer Verweisung im Firmen- und Gesellschaftsregister auf das Prokurenregister; Nothwendigkeit, in gewissen Fällen Firmen und Prokuren von Amtswegen zu löschen; Mängel der preuß. Min.-Instr. in Bezug auf die Bestimmung der vom H.R. ausgeschlossenen Kaufleute); v. Kräwel, Mängel des Verfahrens bei Führung des H.R.'s Z. 22. 135 ff. — Keyßner, Einfluß der neuen Gerichtsverfassung auf die Führung des H.R.'s, Z. 25. 513 ff. (auch besonders erschienen); über einzelne Eintragungen: derselbe, Bu. 5. 30 ff.; 31. 287 ff. (Arrestverfügungen); Weinhagen, Bu. 6. 165 ff. (eheliche Güterrechte); Gotter, Bu. 10. 19 (Konkurseröffnung); Thöl, Praxis des Handelsrechts S. 19 ff. (Firmen). — Veröffentlichungen aus dem H.R.: Weinhagen, Bu. 3. 149; Anschütz, Bu. 10. 88; Goldschmidt, Das Centralhandelsregister, Z. 19. 666, auch Keyßner, Bu. 30. 299. — Beschwerderecht wider Beschlüsse in Bezug auf Eintragungen Küffner, Bu. 22. 385; 34. 72 (bayerisches Recht). — Beziehungen des H.R.'s zum Grund- und Hypothekenbuch Noack bei Bu. 4. 196, bes. S. 212 ff. — Nichteintragung der Aenderung von Rechtszuständen, die nicht in das H.R. eingetragen sind: Wiener: Bu. 38. 1 ff. Fremdes Recht: Pard. 1. No. 91 ss.; Massé 2. 1012 ss.; Bédarr. sociétés 2. 344, 355 ss.; Lyon 1. 235, 297 ss.; Namur 1. 181—197; 2. 823—85 s.; Holtius 1 bl. 125, 137 s.; de Wal 1 bl. 88, 109 s.; Kist 1 bl. 79; 3 bl. 254, 353 v.; Vidari 1. No. 166, 184 ss., 2. 669, 688.

[2]) Sie bilden den Bereich des Geschäftsgeheimnisses, dessen Verletzung durch die Handlungsgehülfen einen Vertrauensmißbrauch enthält, R. 19. 115; v. Hahn I S. 246.

Digitized by Google

langen nach Oeffentlichkeit ist bezüglich ihrer nur ausnahmsweise berechtigt, insoweit die Oeffentlichkeit als ein Schutz des Publikums gegen Uebervortheilungen und Selbsttäuschungen nothwendig erscheint.[3])

Bekanntmachungen, um dem Erforderniß der Publicität zu genügen, sind in der Geschäftswelt von jeher üblich, theilweise auch vorgeschrieben gewesen. Die Formen haben zum Theil gewechselt; der Mehrzahl nach sind indeß die von Alters her gebräuchlichen auch jetzt noch in Uebung. Bereits die römischen Juristen kennen den Anschlag in oder vor dem Geschäftslokal,[4]) ein Modus, der sich, wenn auch nicht in gleicher Anwendung bis auf die Gegenwart erhalten hat und namentlich in England und Frankreich für gewisse Fälle noch jetzt obligatorisch ist.[5]) Seit dem Mittelalter[6]) kommen Bekanntmachungen an solchen Orten vor, die vorzugsweise von Kauf-

---

[3]) Aus diesem Grunde ist z. B. die Veröffentlichung der Bilanz der Aktiengesellschaften vorgeschrieben, Art. 239 [1]. Ebenso gehört die Bestimmung über die Publikation der Bankausweise hierher, Reichsbankges. § 8.

[4]) L. 47 pr. D. de pec. (15. 1) Quotiens in taberna ita scriptum fuisset: „cum Januario servo meo geri negotium veto“; L. 11 § 2—4 D. de inst. (14. 3) proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto sed in evidenti. — Dec. rot. Gen. 14 no. 13.

[5]) Franz. G. v. 24. Juli 1867 art. 63: les pièces déposées doivent être affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la société (gilt für Aktienkommandit- und Aktiengesellschaften). — In England muß jede Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit ihre Firma on the outside of every office or place in which the business of the company is carried on, in a conspicuous position in letters easily legible anbringen, Bank- und Versicherungsgesellschaften müssen zweimal jährlich einen Status ihrer Aktiva und Passiva in a conspicuous place ihres Geschäftslokals anschlagen; Comp. act von 1862 sect. 41, 44; Smith merc. law p. 66. — Vgl. auch Pr. L.R. II 8 § 533: vierwöchentlicher Anschlag an der Thür des Hauses, wo das Comptoir befindlich gewesen ist. Das geb. englische G. kennt auch eine Verpflichtung der Gesellschaften, dem Publikum im Geschäftslokal die Einsicht gewisser Schriftstücke zu gestatten.

[6]) Zur Geschichte dieser Veröffentlichungen vgl. Holtius a. a. O., für die neuere Zeit Fischer österr. H.R. § 28 ff., Blodig Z. 5. 448[3]; auch Mittermaier D. Pr.R. § 532 Note 5, 18; Brinckmann § 16. Zahlreiche hierher gehörige Bestimmungen in Siegel's Corpus juris cambialis und Meißner's Wechsel-Codex. Nach den Bozener Marktsatzungen von 1792 § 67 (Meißner I S. 72) soll der Widerruf einer Prokura nicht nur eingetragen und an das Thor des Magistratshauses angeschlagen, sondern auch durch Trommelschlag kundgemacht werden. — Das Pr. L.R. schreibt Bekanntmachungen in Betreff der Prokuren und der Handelsgesellschaften vor II. 8 § 503 ff., 533 ff., 618 ff., 658 ff. Ausschluß der Gütergemeinschaft II. 1 § 421 ff.

Digitized by Google

leuten besucht werden: Verkündigung oder Anschlag an der Börse, in Gilde- oder Gewandhäusern, beim Handelsgericht. — Versendung von Circulären (Oblatorien) an die Geschäftsfreunde und Anzeigen in öffentlichen Blättern scheinen ebenfalls frühzeitig in Gebrauch gekommen zu sein. Ebenso finden sich bereits seit Jahrhunderten für die Aufnahme der betreffenden Vermerke bestimmte Verzeichnisse (Matrikeln, Register, Tabellen), die ursprünglich von den kaufmännischen Genossenschaften selbst, dann von staatlichen Organen (Gerichts- oder Verwaltungsbehörden) geführt wurden. Das H.G.B. hat sich die letztere Einrichtung unter dem Namen des Handelsregisters angeeignet und sie in Verbindung mit der Bekanntmachung durch öffentliche Blätter zum regelmäßigen gesetzlichen Mittel der Publicität gemacht.

Dem Handelsregister ist das Genossenschafts- und das Zeichenregister nachgebildet, von denen ersteres in der Regel, letzteres immer ein Bestandtheil des Handelsregisters ist.[7]) Das in seiner äußeren Einrichtung dem Zeichenregister ähnliche Musterregister reicht vermöge seiner allgemeinen Bestimmung über den Handelsverkehr hinaus.[8])

II. Abgesehen von besonderen gesetzlichen Bestimmungen[9]) ist in Bezug auf die rechtliche Bedeutung der Publicität von folgenden Grundsätzen auszugehen. Die Wirkung der Publicität tritt in denjenigen Fällen ein, in denen eine öffentliche Kundgebung vorgeschrieben oder üblich ist und in gehöriger, d. h. in vorschriftsmäßiger oder einer der Uebung entsprechenden Weise stattgefunden hat. Die Ueblichkeit ist im Sinne eines Handelsgebrauches, und zwar eines eigentlichen Handelsgebrauches zu verstehen.[10]) Die Wirkung besteht darin, daß der Inhalt der Veröffentlichung als allgemein bekannt betrachtet wird; handelt es sich um eine Willenserklärung, so gilt dieselbe jedem Einzelnen gegenüber, den sie überhaupt angeht, so,

---

[7]) Genossensch.ges. v. 4. Juli 68 § 4; Markenschutzges. v. 30. Nov. 74 § 1; Bestimmungen d. Bundesraths z. Ausführung d. Markenschutzges. v. 8. Febr. 75 § 1. — Aehnlich in Betreff des Genossenschaftsregisters österr. G. v. 9. April 73 § 7 (Schröder c. j. civ. I. 337); anders hinsichtlich des Markenregisters, welches dort nicht von den Gerichten, sondern von den Handels- und Gewerbekammern geführt wird, G. v. 7. Dez. 58 (Schröder S. 302).

[8]) Musterschutzges. v. 11. Jan. 76 § 9 ff.

[9]) Bei den nachfolgenden Sätzen wird zunächst auch von den Bestimmungen des H.G.B.'s abgesehen.

[10]) Denn die Wirkung der Veröffentlichung für oder gegen Dritte ist unabhängig davon, ob dieselbe von dem Dritten gewollt ist.

Digitized by Google

wie wenn sie speziell an ihn gerichtet wäre.[10a]) Unkenntniß gehörig veröffentlichter Thatsachen ist nur unter den Voraussetzungen zu berücksichtigen, unter denen nach bürgerlichem Recht ignorantia facti einen Entschuldigungsgrund bildet, nach gemeinem Recht mithin nur dann, wenn der Inhalt der Kundgebung bei Anwendung entsprechender Aufmerksamkeit nicht in Erfahrung zu bringen war.[11]) Ist demnach die Bekanntmachung durch Circuläre gebräuchlich, so gilt dieselbe, wenn die Verbreitung in üblicher Weise geschehen ist, mit der obigen Maßgabe auch denen gegenüber, denen das Circulär etwa nicht zugegangen ist. Ebenso wirkt die Verkündigung durch Anschlag oder öffentliche Blätter auch auf diejenigen, die von derselben keine Kenntniß erhalten haben.[12])

Im Geltungsbereiche des H.G.B.'s finden die vorstehenden Grundsätze auf die Kundgebungen Anwendung, die weder durch das Handelsregister noch sonst in gesetzlich bestimmter Weise zu veröffentlichen sind. Auf die durch das Gesetz normirten Fälle sind sie nur insoweit anwendbar, als dieses nicht in Widerspruch mit ihnen steht.

III. Aus den Bestimmungen über das Handelsregister ist Folgendes hervorzuheben.

1. Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt. Die Gerichte, denen die Führung obliegt, werden durch Landesrecht bestimmt.[13]) Bei jedem zuständigen Gericht ist für den Bezirk desselben ein Handelsregister anzulegen.[14])

[10a]) Dies ist eine Fiction, die indeß nur denen gegenüber gilt, die verpflichtet sind, von der Veröffentlichung Kenntniß zu nehmen, vgl. R. 11. 117 (374 f.), unten Anm. 50 a. E., Anm. 55.

[11]) L. 6, 9 § 2 de j. et f. i. (22. 6); — scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. Es dürfen also die verkehrsüblichen Erkundigungen nicht versäumt sein; — vgl. auch L. 11 § 3 D. de inst. (14. 3).

[12]) L. 11 § 3 cit. certe si quis dicat, ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur.

[13]) Nach Art. 12 ist bei jedem Handelsgericht ein H.R. zu führen. An die Stelle des Handelsgerichts tritt zufolge Art. 3 „das gewöhnliche Gericht". Die Führung des H.R.'s und der ihm nachgebildeten Register gehört in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder auch der Justizverwaltung, Bu. 16. 144 (O.A.G. Lübeck 68); R. 24. 75 (79); das D. G.V.G. enthält daher keine dasselbe betreffende Bestimmungen. Ueber die Vorschriften der Landesgesetze Keyßner Z. 25. 522 ff. Mit Ausnahme von Bayern und Elsaß-Lothringen, wo die Führung der Handelsregister den Landgerichten — in Bayern den Civilkammern, im

Digitized by Google

2. Die Oeffentlichkeit des Handelsregisters beruht auf einer doppelten Grundlage. a) Dasselbe ist allgemeiner Kenntnißnahme zugänglich. Jedermann hat die Befugniß, Einsicht von ihm zu nehmen und sich Abschriften der in dem Register enthaltenen Einträge ertheilen zu lassen.[15]) b) Die Eintragungen werden vom Gericht[16]) durch öffentliche Blätter bekannt gemacht.[17]) Die Ver-

---

Reichsland, soweit Kammern für Handelssachen bestehen, diesen — überwiesen ist, liegt dieselbe gegenwärtig im ganzen Deutschen Reich den Amtsgerichten ob. — In Oesterreich werden Handels- und Genossenschaftsregister von den Handelsgerichten geführt; über das Markenregister s. oben Anm. 7.

[14]) Dadurch ist weder die Zusammenlegung verschiedener Gerichte zu einem Registerbezirk noch eine örtliche Scheidung innerhalb desselben Gerichtsbezirkes ausgeschlossen. Ob und unter welchen Voraussetzungen Beides statthaft ist, bestimmt sich nach der Landesjustizverfassung. Nach § 23[1] des Preuß. Ausf.ges. z. G.V.G. kann bei den mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichten ebensowohl eine örtliche wie eine sachliche Abgrenzung der Zuständigkeit stattfinden.

[15]) Art. 12[2]. Die Einsicht ist während der gewöhnlichen Dienststunden zu gestatten (at all reasonable times, sagen die engl. Gesetze). Ob in dringenden Fällen auch außerhalb der Dienststunden? v. Hahn S. 78; v. Völdernd. S. 124. — Die Abschriften müssen auf Verlangen beglaubigt werden, sind aber nur gegen Erlegung der Schreibgebühren zu verabfolgen. Erstrecken sich diese Befugnisse auch auf die neben dem H.R. geführten Bei- und Hülfsakten? Die Frage ist nicht unbedingt zu bejahen, da aus der Oeffentlichkeit des H.R.'s keineswegs folgt, daß auch die den Eintragungen zu Grunde liegenden Erklärungen und Verfügungen öffentlich sein müssen. Eine generelle Ausnahme ist nur hinsichtlich der bei Gericht niedergelegten Firmenzeichnungen und der Mitgliederverzeichnisse der eingetragenen Genossenschaften (Genossensch.ges. § 4 Abs. 3) zu machen. Im Uebrigen ist es Sache richterlichen Ermessens, Anträgen auf derartige weitergehende Mittheilungen stattzugeben. Vgl. R. 23. 92 (284 ff.) — Zu beachten ist ferner, daß der Richter nach Art. 12 lediglich zur Ertheilung und Beglaubigung von Abschriften, nicht zu sonstigen Bescheinigungen über den Inhalt des H.R.'s verpflichtet ist. Namentlich kann von ihm keine Bescheinigung darüber beansprucht werden, daß das H.R. eine bestimmte Eintragung nicht enthält, Z. 8. 540 (A.G. Nürnb. 64). Nach Landesrecht können ihm weitergehende Verpflichtungen auferlegt sein. Spiller, Bu. 34. 173 ff.

[16]) Nach den meisten außerdeutschen H.G.Büchern ist die Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern durch die Interessenten selbst zu bewirken. Nur Ungarn 8 und der schweizer. Entw. 867 stimmen hierin mit dem D.H.G.B. überein.

[17]) Art. 13. Die Bestimmung der öffentlichen Blätter durch das Gericht erfolgt generell im Monat December jeden Jahres für das nächste Kalenderjahr und ist ebenfalls in einem oder mehren öffentlichen Blättern bekannt zu machen. Durch das dem Gericht anheimgegebene Ermessen sind Anweisungen höherer Behörden in Bezug auf die Auswahl der Blätter nicht ausgeschlossen. Ueber die Zulässigkeit derselben entscheidet die Landesjustizverfassung, Art. 14. Die Vorschrift ist dem (früheren) französischen Recht nachgebildet. Gegenwärtig ist für

Digitized by Google

öffentlichung durch das Handelsregister gilt erst dann als vollständig bewirkt, wenn zu der Eintragung diese Bekanntmachung hinzugekommen ist.[18]) Sie soll regelmäßig, wenn auch nicht den Wortlaut, so doch den ganzen Inhalt des Eintrages wieder geben. Nur in einzelnen Fällen genügen auszügliche Bekanntmachungen.[19])

3. Das Handelsregister dient nicht zur Aufnahme beliebiger, sondern nur derjenigen Thatsachen, für welche dasselbe gesetzlich bestimmt ist.[20]) Einzutragen sind nach dem H.G.B.: a) Begründung,

---

die meisten deutschen Staaten im Verordnungswege bestimmt, daß die Veröffentlichung auch durch das dem Reichsanzeiger beiliegende Centralhandelsregister für das Deutsche Reich erfolgen muß, vgl. Goldschmidt Z. 19. 666; Keyßner, Bu. 30. 299 ff. — Die Landesgesetzgebung kann außer dieser Veröffentlichung noch andere Publikationen vorschreiben, z. B. durch Börsenanschlag, v. Hahn zu Art. 13 § 2. Ebenso gehören die Bestimmungen der E.gesetze hierher, die Bekanntmachung der Statuten der Aktiengesellschaften nebst der Genehmigungsurkunde durch das Amtsblatt oder die Gesetzsammlung vorschrieben.

[18]) In einzelnen Fällen sind Rechtswirkungen mit der Eintragung oder sogar schon mit der Anmeldung verknüpft, Art. 20. 146, 172, 211, 214, Genossensch.ges. § 63, Markenschutzges. § 1, 8, unten S. 237. Wo aber auf die Veröffentlichung Gewicht gelegt wird, wie namentlich bei allen befreienden Thatsachen, muß Eintragung und Bekanntmachung stattgefunden haben, vgl. z. B. Art. 25[2],[3], 46, 87 u. a. Für den Fall eines Widerspruches zwischen Anmeldung, Eintrag und Bekanntmachung enthält das Gesetz keine Bestimmung. Der Grundsatz des holländischen Rechts, daß alsdann Dritten gegenüber der Inhalt der Bekanntmachung entscheidet (unten Zus. I) ist, so empfehlenswerth er de lege ferenda erscheinen mag, bei uns nicht anwendbar. Vielmehr wird man annehmen müssen, daß in einem solchen Fall insoweit keine Veröffentlichung der angemeldeten Thatsachen erfolgt ist. Für den Schaden, der hieraus dem Anmeldenden oder einem Dritten erwächst, muß der Richter, bezw. der Beamte aufkommen, dem ein vertretbares Versehen zur Last fällt.

[19]) In Betreff der Kommanditgesellschaft, der Aktienkommanditgesellschaft, der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft, H.G.B. 151[3], 155[2], 156, 171[2], 176, 198, 210[2], 214, Genossenschaftsges. § 4, 6; ebenso österr. Genossenschaftsges. § 6 und 9 (Schröder S. 333 f.), vgl. v. Hahn I S. 78; Thöl I § 54[6], v. Völdernd. S. 128 f. — Bei der Eintragung der Konkurseröffnung (unten Anm. 36, 37, 38) bedarf es keiner Veröffentlichung seitens des Registerrichters, da dieselbe hier schon durch das Konkursgericht bewirkt wird; einzelne E.gesetze verlangen dieselbe aber auch in diesem Fall, vgl. v. Hahn S. 496[3], unten Anm. 38.

[20]) Motive zu Pr. S. 10: „Der Kreis der Thatsachen, welche sich zur Eintragung in das H.R. eignen, muß ein gesetzlich begrenzter sein", Z. 21. 525 (Nürnb. 69), Cl. u. A. 2. 196, 3. 292. — Nach dem ursprünglichen Inhalt des H.G.B.'s war das H.R. nicht für die Rechtsverhältnisse des Kleinbetriebes bestimmt. Darin ist durch das G. v. 11. Juni 70 eine Aenderung eingetreten

Digitized by Google

Erlöschen, Veränderung der Firma, ebenso Veränderungen der Firmeninhaber;[21]) b) Ertheilung und Erlöschen der Prokura;[22]) c) eine Reihe von Thatsachen, welche die Existenz und das äußere Verhältniß der Handelsgesellschaften und ihrer Mitglieder betreffen.[23]) Erweiterungen des Handelsregisters[23a]) ergeben sich theils aus den Bestimmungen über die Eintragung der Genossenschaften und Waarenzeichen,[24]) theils aus der Landesgesetzgebung.[25])

4. Die Eintragungen[26]) beziehen sich immer auf ein concretes,

---

(oben 193 f.). Unzulässige Eintragungen (Beschränkungen unbeschränkbarer Vollmachten) sind als nicht vorhanden zu betrachten, R. 6. 27 (140). Dasselbe gilt von allen Eintragungen, für die das H.R. nicht bestimmt ist.

[21]) Art. 25.

[22]) Art. 45, 46.

[23]) Aufgezählt bei v. Hahn S. 75 f., vgl. auch Thöl § 54, v. Völdernd. S. 118 f.

[23a]) Eine Einschränkung der Zuständigkeit des H.R.'s enthält das Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 § 66, oben § 25 Anm. 6.

[24]) Genossensch.ges. § 4, 6, 18, 23, 36, 41; Markenschutzges. § 3—5.

[25]) Die Landesgesetze, welche noch andere als die im H.G.B. angeordneten Eintragungen vorschreiben oder gestatten, sind streng genommen Abänderungen des letzteren, aber durch § 3 B. 2 des R.E.G.s ausdrücklich aufrecht erhalten.

[26]) Keine Bestimmungen enthält das H.G.B. über die Einrichtung des H.R.'s. Dieselbe beruht daher lediglich auf dem Landesrecht und ist für die einzelnen Staaten regelmäßig durch Verordnung bestimmt. Im Allgemeinen bestehen in dieser Hinsicht folgende Verschiedenheiten: a) Für die verschiedenen Arten der Eintragungen werden besondere Register geführt, so in Preußen, wo nach der Min.Instr. v. 12. Dez. 61 die drei Abtheilungen des H.R.'s: Firmenregister, Prokurenregister, Gesellschaftsregister von einander unabhängig sind. (Als eine vierte Abtheilung kommt im Geltungsgebiet des A.L.R.'s noch das Register für die Ausschließung und Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft hinzu.) — b) Es wird nur ein Firmenregister geführt, in welchem für jede Firma ein Folium angelegt wird. Die die einzelnen Firmen betreffenden Vermerke (Inhaber, Prokuristen, Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaften, Liquidatoren) werden in Rubriken des bezüglichen Foliums eingetragen. So in Sachsen, V. v. 30. 10. 61. — c) Es findet eine Scheidung in ein Einzelfirmen- und ein Gesellschaftsregister statt, wobei die Prokuren je nach den Firmen, von denen sie ausgehen, in dem einen oder anderen vermerkt werden, so in Bayern und Oesterreich Z. 6. 409, 8. 92; R. 21. S. 193*. Die letzte Einrichtung dürfte die angemessenste sein. Das Genossenschafts- und das Zeichenregister bilden stets besondere Abtheilungen des H.R.'s, vgl. die oben Anm. 7 angef. Gesetze. — Ebenso wie die Einrichtung des H.R.'s ist auch das Verfahren bei der Eintragung und bei der Androhung und Einziehung von Ordnungsstrafen sowie die Bestimmung über die Rechtsmittel gegen Verfügungen, durch welche Eintragungen angeordnet oder abgelehnt werden, der Landesgesetzgebung überlassen. Hierüber die Anm. 7 angef. Abhandlungen von Kayser, Keyßner, v. Kräwel, Küffner.

Digitized by Google

unter einer bestimmten Firma betriebenes kaufmännisches Geschäft.[27]) Sie müssen daher bei dem Gericht erfolgen, in dessen Bezirk der Kaufmann seine Handelsniederlassung, die Handelsgesellschaft oder Genossenschaft ihren Sitz hat. Sind Zweigniederlassungen außerhalb dieses Bezirkes vorhanden, so ist die Eintragung auch bei dem für letztere zuständigen Gericht zu bewirken,[28]) — mit Ausnahme der Waarenzeichen, die allein bei dem Gericht der Hauptniederlassung eingetragen werden.[29]) Die Firma soll nach der Vorschrift des H.G.B.'s für die Zweigniederlassung erst eingetragen werden, nachdem die Eintragung in das Handelsregister der Hauptniederlassung erfolgt ist. Dasselbe ist bei Aenderungen der Firma und der Firmeninhaber sowie in den Fällen anzunehmen, in denen die Eintragung eine Bedingung der Rechtsgültigkeit ist.[30])

5. Die Eintragungen sind entweder Eintragungen im engeren Sinn oder Löschungen.[31]) In beiden Fällen bedarf es regelmäßig einer vorgängigen Anmeldung seitens bestimmter Personen. Die Anmeldung ist eine Verlautbarung der einzutragenden Thatsachen vor dem zuständigen Gericht zum Zweck der Eintragung.[32]) Ein-

---

[27]) Insofern beruht das H.R. ähnlich wie das Grundbuch auf dem Grundsatz der Specialität.

[28]) H.G.B. 21, 86, 152, 179, 212, 214; Genossensch.ges. § 7. — In den angeff. §§, die Eintragung der Einzelfirmen, der Handelsgesellschaften und Genossenschaften sowie der Statutenänderungen der Aktiengesellschaften und Genossenschaften betreffend, wird die Anmeldung bei dem Handelsgericht der Zweigniederlassung ausdrücklich vorgeschrieben. Es sind dies zugleich diejenigen Fälle, in denen die Eintragung für die Zweigniederlassung erst geschehen darf, nachdem sie für die Hauptniederlassung bewirkt ist. In allen übrigen Fällen ist zwar nur von der Anmeldung beim Handelsgericht die Rede, ohne daß der Zweigniederlassung besondere Erwähnung geschieht; unzweifelhaft muß aber auch hier für die letztere eine eigene Anmeldung erfolgen; vgl. v. Hahn zu Art. 45, auch unten Anm. 51, 57.

[29]) Markenschutzges. § 1. Anders, wenn die Zweigniederlassung eine besondere Firma hat; Mewes, Erläuterungen zum § 1, No. 10, 12, 13.

[30]) Vgl. die Anm. 28 angef. Art. des H.G.B.'s, auch v. Hahn I S. 107 f. — Eine Abweichung ist geboten, wenn sich die Hauptniederlassung oder der Gesellschaftssitz außerhalb des Geltungsgebietes des H.G.B.'s befindet; v. Hahn a. a. O. Anm. 8. Ueber die Eintragungen in Betreff der Zweigniederlassung Agricola a. a. O. S. 289 ff.; außerdem Bu. 1. 169 (Busch); 1. 255 (Lesse); Z. 10. 394 (Keyßner), Bu. 1. 397 (Pr.J.Min. 62); 2. 139 (S. J.Min. 63); 2. 155; 14. 101 (Hamb. O.G. 66); 24. 6 (österr. ob. Ger. 70, unrichtig!); Z. 23. 264 (K.G. Berl. 72); Cl. u. A. 4. 592; R. 17. 67 (319).

[31]) Die Eintragungen können auch die Gestalt von Subingrossationen haben.

[32]) Die Anmeldung ist demnach stets eine Willenserklärung und daher, un-

Digitized by Google

tragungen, ohne daß eine Anmeldung voraufgegangen ist, finden, abgesehen von der Berichtigung irrthümlicher Vermerke,[33]) nach Reichsrecht nur statt, wenn ein die Verpflichtung zur Anmeldung aussprechendes rechtskräftiges Urtheil vorliegt,[33a]) auf Grund einstweiliger Verfügungen des Prozeßrichters,[34]) behufs Löschung der Waarenzeichen,[35]) bei eingetragenen Genossenschaften im Fall des Konkurses[36]) und wenn durch ein strafgerichtliches Erkenntniß die Auflösung der Genossenschaft ausgesprochen wird.[36a]) Eine reichsgesetzliche Vorschrift, nach welcher die Konkurseröffnung auch in anderen Fällen von Amtswegen einzutragen ist, besteht nicht,[37]) dagegen enthält der größte Theil der Landesgesetze derartige Bestimmungen.[38])

6. Die Anmeldung liegt regelmäßig ob: a) für das Geschäft des Einzelkaufmanns dem Prinzipal; b) bei der offenen Handelsgesellschaft und einfachen Kommanditgesellschaft sämmtlichen Gesellschaftern; c) bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern; d) bei der Aktiengesellschaft und eingetragenen Genossenschaften den Mitgliedern des Vorstandes.[39])

abhängig von ihrem Inhalt, nur gültig, wenn sie durch eine handlungsfähige Person geschieht. Sie kann inhaltlich ebenfalls auf Verlautbarung einer Willenserklärung, aber auch einer nicht durch menschlichen Willen herbeigeführten Thatsache gerichtet sein. Im ersteren Fall kann die Willenserklärung, welche den Inhalt der Verlautbarung enthält, bereits vor der Anmeldung erfolgt sein, aber auch mit derselben zusammenfallen, unten Anm. 60.

[33]) Cl. u. A. 3. 452; Bu. 13. 273.

[33a]) Civ.Proz.Ordn. 779.

[34]) C.P.O. 814 ff. Nach dem völlig freien Ermessen, welches dem Prozeßrichter in Bezug auf die Art der Anordnungen zusteht, hat derselbe unzweifelhaft auch die Befugniß, interimistische Eintragungen im H.R. zu veranlassen. Zweifelhafter war die Zulässigkeit der Eintragung von Arrestvermerken nach früherem Recht. Hierüber Keyßner in den Anm. 1 angef. Aufsätzen, auch Anschütz II. 113, 282; v. Hahn S. 497 f.; R. 1. 3 (29); 16. 21 (74 f.).

[35]) Markenschutzges. § 5. [36]) Genossensch.ges. § 37.

[36a]) Genossensch.ges. § 35; Ges. gegen d. gemeingefährl. Bestrebungen d. Socialdemokratie v. 21. Okt. 78 § 2; österr. Genossensch.ges. § 39.

[37]) Die Reichskonk.ordnung § 104 schreibt vor, daß im Fall der Konkurseröffnung die Formel des Eröffnungsbeschlusses den Behörden für die Führung des Handels-, Genossenschafts- oder ähnlicher Register mitzutheilen, nicht aber, daß auf Grund dieser Mittheilung etwas zu veranlassen ist. Ein gleiche Mittheilung erfolgt auch bei Aufhebung oder Einstellung des Konkurses. Konk.O. § 151, 175, 184.

[38]) Ueber die Vorschriften der Einf.gesetze zum H.G.B. v. Hahn I S. 496 Anm. 3; auch S. 76 f. Gegenwärtig kommen die Ausführungsbestimmungen zur R.Konk.O. hinzu, vgl. Preuß. Ausf.ges. § 13.

[39]) Die einzelnen Fälle bei Thöl § 54. Wie, wenn die Anmeldung mehreren

Digitized by Google

Ertheilung und Aufhebung der Prokura, ebenso Eintragung und Löschung der Waarenzeichen können für die zu b. und c. genannten Gesellschaften von jedem zur Vertretung befugten, bezw. persönlich haftenden Gesellschafter angemeldet werden.[40]) Formelles Erforderniß ist, daß die Anmeldung persönlich vor Gericht erklärt oder in beglaubigter Form eingereicht wird.[40a]) Betrifft sie die Führung einer Firma durch den Anmeldenden oder durch dritte Personen, so muß die ebenfalls persönlich vor Gericht zu vollziehende oder in beglau-

---

Personen obliegt, aber nur von einzelnen bewirkt ist? Die Preuß. Min.Instr. § 58 bestimmt, daß „Eintragungen auch auf Grund von Anmeldungen einzelner Gesellschafter geschehen können, insofern der Nachweis der betreffenden Thatsachen durch öffentliche Urkunden dergestalt geführt wird, daß ein rechtlich begründeter Widerspruch der übrigen Gesellschafter ausgeschlossen erscheint", vgl. auch A.G. Hamm bei Gruchot, 10. 86. Eine derartige Vorschrift geht indeß über die Zuständigkeit einer bloßen Verordnung hinaus, entspricht auch nicht dem Sinn des H.G.B.'s. Grundlage der Eintragung muß eine vollständige, von allen hierzu verpflichteten Personen ausgehende Anmeldung sein. Liegt eine solche nicht vor, so bleibt, abgesehen von Ordnungsstrafen, denen, die durch die unterlassene Anmeldung beeinträchtigt werden, nur der Weg der Civilklage übrig, die ebensowohl auf Schadensersatz wie auf Bewirkung der Anmeldung gerichtet werden kann. Im letzteren Fall ist die Möglichkeit vorhanden, daß die Eintragung durch einstweilige Verfügung angeordnet wird, C.Pr.O. 819. — In R. 2. 39 (172) wird ausgeführt, daß die Weigerung des ausgeschiedenen Kommanditisten, sein Ausscheiden im H.R. verlautbaren zu lassen, den verbleibenden Socien kein Recht zur Zurückbehaltung der Einlagen gewährt, weil es sich bei jener Verpflichtung „augenscheinlich blos um die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse gebotenen Ordnungsvorschrift, nicht um die Vollziehung einer durch Vertrag begründeten Gegenleistung des ausgeschlossenen Socius" handle. Dieser Begründung ist indeß nicht zuzustimmen. Die gedachte Entscheidung selbst läßt es dahin gestellt, ob den verbleibenden Socien „an pünktlicher Ausführung jener Ordnungsvorschrift ein privatrechtliches Interesse zustehe". Ist dies aber der Fall, so beruht das Recht, dieses Interesse geltend zu machen, unzweifelhaft auf dem Societätsvertrage. Ob sich auf diesen Anspruch eine Retention der Einlage gründen läßt, ist eine andere Frage.

[40]) H.G.B. 117, 118, 167. Mewes Komm. § 2 Nr. 5.

[40a]) Dies Erforderniß ist in den meisten Fällen im H.G.B. ausgesprochen, z. B. Art. 45, 88, 151, 177, 210[a]; in einzelnen Fällen fehlt es dagegen an einer solchen Bestimmung, z. B. Art. 19 (hier ist die Formvorschrift nur für die Firmenzeichnung, nicht für die Anmeldung gegeben), 129, 135. Die Differenz ist nicht beabsichtigt; die Mehrzahl der E.gesetze hat daher das obige Erforderniß mit Recht generalisirt, zum Theil auch für die zur Anmeldung gehörigen Unterlagen beglaubigte Form verlangt. Was zur Erfüllung der beglaubigten Form gehört, ist nach Landesrecht zu bestimmen, s. z. B. Preuß. Min.V. 4. Mai 62 Z. 6. 354.

Digitized by Google

bigter Form abzureichende, regelmäßig mit der Firmazeichnung zu verbindende Namensunterschrift der betreffenden Personen hinzukommen.[41]) Ob und welche Belege sonst erforderlich sind, hängt von der Beschaffenheit der einzelnen Fälle ab; zum Theil bestehen hierüber besondere Vorschriften.[42]) — Erfordernisse in Bezug auf den Inhalt der Anmeldung sind: die angemeldete Thatsache muß objektiv zur Eintragung geeignet, die Anmeldung muß unbedingt und unbetagt, d. h. auf sofortige Eintragung gerichtet sein.[43])

7. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, so muß der Registerrichter die Eintragung nebst der Bekanntmachung durch die öffentlichen Blätter veranlassen. Die richterliche Prüfung, die der Eintragung vorauszugehen hat, erstreckt sich zum Theil nur auf das Vorhandensein einer nach Form und Inhalt gültigen Anmeldung (Consensprinzip), zum Theil auch auf die Wirklichkeit und Gesetzmäßigkeit des angemeldeten Vorganges (Legalitätsprinzip).[44]) In beiden Beziehungen aber hat sie nur die Bedeutung einer einseitigen causae cognitio, präjudicirt also nicht einer abweichenden Entscheidung des Prozeßrichters.[45]) Kommt es für die Eintragung selbst auf die Entscheidung von Privatrechtsstreitigkeiten an, so müssen dieselben zum Prozeß verwiesen werden.[46])

---

[41]) Art. 19, 45, 88, 153, 179. Die Namensunterschrift ohne Firmazeichnung genügt bei Liquidatoren und bei den Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaften, Art. 135, 228. Johow u. Küntzel 1. 12. Die Anmeldung, nicht die Vollziehung der Namensunterschrift und Firmenzeichnung, kann auch durch Stellvertreter bewirkt werden, v. Völdernd. I. S. 159 f. Firmenanmeldung schreibensunkundiger oder aus anderen Gründen schreibensunfähiger Personen s. folg. §.

[42]) Art. 177, 210[a].

[43]) Ebenso muß auch die einzutragende Thatsache unbedingt und gegenwärtig sein. Dies gilt für alle Eintragungen, auch für diejenigen, die auf Grund einstweiliger Verfügungen stattfinden, Anschütz a. a. O., Bu. 1. 393 f. (H.G. Cöln 62); Centr.-Org. N. F. 1. 575. Cl. u. A. 3. 292.

[44]) Im Wesentlichen beruhen die Eintragungen, welche die Einzelfirmen, Waarenzeichen — R 24. 25 (79) — Prokuren, offenen Handelsgesellschaften und einfachen Kommanditgesellschaften betreffen, auf dem Consensprinzip, während bei den Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften dem Richter z. Th. eine weiter gehende Prüfung vorgeschrieben ist; vgl. Centr.Org. N. F. 8. 58 (A.G. Naumburg 71); v. Völdernd. I S. 103.

[45]) Z. 20. 569 Note 1 (AG. Celle 72). Ebensowenig den Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, soweit deren Zuständigkeit reicht, R. 17. 67 (319): auch unten Anm. 60 ff.

[46]) R. 10. 103 (437); 20. 29 (96); Johow u. Küntzel 1—14. v. Völdernd. I S. 104; v. Hahn I. 73[15].

Digitized by Google

8. Während die Anmeldung der Waarenzeichen lediglich als eine Befugniß erscheint, durch welche das ausschließliche Recht auf das Waarenzeichen begründet wird,[47]) ist in allen übrigen Fällen eine Anmeldepflicht vorhanden.[48]) Zur Verwirklichung derselben[49]) dienen theils die Bestimmungen über die civilrechtlichen Folgen der unterbliebenen Eintragung, theils ein unmittelbarer, auf dem öffentlichen Recht beruhender Zwang zur Eintragung. Näher ist zu bemerken: a) In gewissen Fällen ist die Eintragung nothwendig, damit ein Rechtsakt zu Stande kommt. Ohne Eintragung besteht der Rechtsakt als solcher nicht (absolute Nichtigkeit). Die betreffenden Fälle sind: Errichtung der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie der auf der Grundlage des Gesetzes vom 4. Juli 1868 gebildeten Genossenschaften, ebenso Aenderungen in den Statuten dieser Gesellschaften.[50]) b) Ein direkter Zwang zur Anmeldung findet, wenn es sich um die Errichtung von Aktien- oder Kommanditaktiengesellschaften oder um Statutenänderungen derselben handelt, nicht statt.[51]) Dagegen tritt in allen übrigen Fällen, für die

---

[47]) Markenschutzges. § 1: Gewerbtreibende, deren Firmen im H.R. eingetragen sind, können Zeichen . . . . zur Eintragung in das H.R. anmelden. — Stellung des Registerrichters bei Eintragung des Waarenzeichens R. 24. 25 (79 ff.).

[48]) Eine Verpflichtung zur Anmeldung ist auch da vorhanden, wo kein Zwang durch Ordnungsstrafen stattfindet. Wird das Statut der Aktienkommandit- oder Aktiengesellschaft, bezw. der eingetragenen Genossenschaft nicht angemeldet, so sind diejenigen, denen die Anmeldung obliegt, den Interessenten verantwortlich. Dasselbe gilt, wenn die Anmeldung rechtzeitig beschlossener Statutenänderungen unterlassen oder verzögert wird.

[49]) Zur Entstehungsgeschichte v. Hahn S. 59 f., v. Völdernd. S. 106 f., auch Zus. 11 zu d. §.

[50]) H.G.B. 178[1], 198[3], 211[1], 214[3], Genossensch.ges. § 5, 6[3], übereinstimmend österr. Genossensch.ges. § 8, 9[3]. Die Wirkung ist durch die Eintragung, nicht durch die Bekanntmachung bedingt, und zwar durch die Eintragung im H.R. des Gerichts, in dessen Bezirk die Gesellschaft oder Genossenschaft ihren Sitz hat. Nicht zu den obigen Fällen gehört die Bestimmung des Art. 163[2]; v. Völdernd. S. 110 Anm. 33; v. Hahn S. 71. — Aus der Eintragung und auszugsweisen Veröffentlichung des Statuts einer A.G. läßt sich nicht herleiten, daß die von einem dem Statut bisher nicht unterworfenen Aktienzeichner ohne jeden Hinweis auf dasselbe geleistete Zahlung als Anerkennung des Statuts anzusehen sei. Die Fiction des Bekanntseins besteht einem solchen Aktienzeichner gegenüber nicht, R. 11. 117 (374 f.)

[51]) Wohl aber sind unrichtige Angaben, um die Eintragung herbeizuführen, mit Strafe bedroht, H.G.B. 206[1], 249[1]. — Daß das Zwangsverfahren mit dem System der absoluten Nichtigkeit unvereinbar sei, wie vielfach behauptet wird,

Digitized by Google

die Eintragung vorgeschrieben ist, bei versäumter Anmeldung ein Officialverfahren ein, welches durch Ordnungs-, d. h. in erster Linie Geldstrafen auf die Erfüllung dieser Obliegenheit hinwirkt. Die Regelung des Verfahrens wie die Höhe der zu verhängenden Strafen sind der Landesgesetzgebung überlassen.[52]) c) In den Fällen der von Thöl sog. befreienden Thatsachen, d. h. wo es sich um die Ablehnung einer Haftung handelt, die an sich anzunehmen sein würde,[53]) verbindet sich mit dem Strafsystem eine relative Nichtigkeit, darin

läßt sich nicht einräumen. Bei den Genossenschaften ist Beides mit einander verbunden, Genossensch.ges. § 66 und Sicherer Komm. S. 188 f.; österr. Genossensch. § 87. Auch in Betreff der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften fällt das Zwangsverfahren nur bezüglich der Anmeldung zum H.R. der Hauptniederlassung, nicht hinsichtlich der Zweigniederlassungen fort, bei denen freilich nicht die Folge der Nichtigkeit eintritt, Art. 179, 198², 212, 214².

[52]) Vgl. hierzu namentlich v. Krämel Z. 22. 139 ff., v. Hahn I 73, v. Völdernd. I 119. Nach Landesrecht bestimmt sich auch, ob eine Umwandlung der Geld- in Freiheitsstrafe zulässig ist. Ein großer Theil der E.gesetze erklärt dies ausdrücklich für unstatthaft, z. B. Oesterr. 12, Preußen Art. 5 § 7; Bayern 18, Kurhessen 31, Baden 26, Braunschw. 18, Mecklenb. 12⁸, Lübeck 6⁷. — Das Zwangsverfahren kann sich auch gegen juristische Personen (Fiskus, Stadtgemeinden u. dgl., nicht Aktiengesellschaften) richten, wenn diese als Inhaber eines Handelsgewerbes oder als Handelsgesellschafter zur Anmeldung verpflichtet sind. Sie müssen für die etwaigen Unterlassungen ihrer Vertreter aufkommen, B u. 3. 407 ff.

[53]) Thöl S. 182. Gemeinsamer Inhalt aller befreienden Thatsachen ist: Erklärungen, die unter einer Firma oder Namens des Prinzipals eines Firmengeschäftes abgegeben werden, sollen den nicht treffen, von dem die befreiende Thatsache kundgemacht wird. In den hierher gehörigen Fällen wird entweder die Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses bekundet — HGB. 25, 46, 129, 135², 171, 199², 201, 233, 243 — oder eine Haftung, die an sich gesetzlich begründet sein würde, wird von vornherein ausgeschlossen — HGB. 86⁴, 115, 163³.

[54]) Den Typus der relativen Nichtigkeit ergeben Art. 25, 46, auf die in der Mehrzahl der übrigen in der vor. Anm. angef. Artikel verwiesen wird. Keine solche Verweisung enthalten nur die Art. 163³, 201 und 243. Daß auf die beiden letzteren Artikel das Prinzip der Art. 25 und 46 ebenfalls Anwendung findet, bemerkt mit Recht v. Hahn in dem Komm. zum Art. 243 § 1, s. auch die Verweisungen desselben zum Art. 201. Entsprechend wird demgemäß dieses Prinzip auch bei der Auflösung einer eingetragenen Genossenschaft zur Anwendung zu bringen sein, Genossensch.ges. § 36. — Die Bestimmung des Art. 163³ nimmt insofern eine besondere Stellung ein, als zwar bei der Nichteintragung der Kommanditgesellschaft die beschränkte Betheiligung des Kommanditisten nur denen entgegengesetzt werden kann, die hiervon Kenntniß hatten, im Falle der Eintragung aber die Wirkung eine absolute ist und kein Dritter sich darauf berufen kann, daß er die Beschränkung der Haftung weder kannte noch kennen mußte, R. 12. 5 (14 f.). — Auf Officialhandlungen des Gerichts (Klageinsinuationen) findet das

Digitized by Google

bestehend, daß die befreiende Thatsache, so lange sie nicht eingetragen und veröffentlicht ist, Dritten gegenüber als nicht existent behandelt wird, außer wenn diese sie trotz der unterbliebenen Veröffentlichung kannten. Die Kenntniß des Dritten muß von dem, der sich auf sie beruft, erwiesen werden. Erheblich ist nur die wirkliche Kenntniß, nicht ob die Thatsache hätte in Erfahrung gebracht werden können.[55])

Hat dagegen die Eintragung und Veröffentlichung der befreienden Thatsache stattgefunden, so ist die Wirkung der Publicität in dem oben zu II. angegebenen Sinn begründet.[55a]) Die befreiende Thatsache gilt alsdann jedem Dritten gegenüber, der nicht eine entschuldbare Unkenntniß darzuthun vermag.[56]) Entschuldbar ist die Unkenntniß, wenn die öffentlichen Blätter, welche die Bekanntmachung enthielten, dem Dritten ohne seine Schuld nicht zugänglich waren

---

Prinzip des Art. 46 nicht Anwendung, R. 16. 21 (75). — Zum Art. 25 vgl. Böhme, Bu. 3. 151 ff., Busch ebendas. 157 ff.

[55]) Erforderlich ist Eintragung und öffentliche Bekanntmachung, eines allein genügt nicht, um die relative Richtigkeit auszuschließen. Daß es auf die wirkliche Kenntniß, nicht auf das Kennenmüssen des Dritten ankommt, und daß demjenigen, der sich auf diese Kenntniß beruft, die Beweislast hierfür obliegt, ist in den Art. 25 und 46 ausdrücklich bestimmt; s. auch v. Hahn S. 63; Thöl S. 183; R. 21. 120 (370 ff.); Bu. 19. 1 (Bad. Ob.H.G. 68). Damit ist indeß nicht gesagt, daß nicht unter Umständen der Beweis des Kennenmüssens als ein indirekter Beweis der Kenntniß gelten kann. — Die relative Richtigkeit in obigem Sinn tritt auch dann ein, wenn die befreienden Thatsachen eine Aufhebung oder Aenderung von Rechtsverhältnissen enthalten, die selbst nicht in das H.R. eingetragen sind, z. B. bei Aufhebung einer nicht in das H.R. eingetragenen Prokura, Ausschließung einzelner Socien von der Vertretungsbefugniß einer nicht eingetragenen Handelsgesellschaft u. dgl. m., Wiener Bu. 38. 1 ff.; ja „zum Zweck der Erreichung des Vortheils, der aus der Löschung eines Eintrags resultirt, ist die nachträgliche Bewirkung des Eintrags nicht ausgeschlossen", R. 23. 79 (227); Bu. 2. 154 (Thorn 63); 20. 343 (A.G. Wiesbaden 69).

[55a]) R. 11. 117 (374) führt aus, daß es bedenklich ist, aus den für befreiende Thatsachen gegebenen Vorschriften den Schluß zu ziehen, daß jede der Eintragung in das H.R. und der Veröffentlichung aus demselben gesetzlich bedürftige Thatsache vom Augenblick ihrer Veröffentlichung an für bekannt zu erachten sei, oben Anm. 50 a. E.

[56]) Art. 25³. Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so muß ein Dritter die Aenderung oder das Erlöschen (der Firma) gegen sich gelten lassen, sofern nicht die Umstände die Annahme begründen, daß er diese Thatsachen weder gekannt habe noch habe kennen müssen; — Thöl a. a. O., v. Völdernd. S. 115, Bu. 10. 412 f.; anders v. Hahn S. 65 ff.

Digitized by Google

und die Thatsache auch sonst, bei Anwendung der im Verkehr üblichen Aufmerksamkeit nicht zu erkunden war.[57])

9. Die Eintragungen in das Handelsregister haben die Kraft öffentlicher Urkunden, liefern mithin bis zum Nachweis der Unrichtigkeit vollen Beweis für die durch sie beurkundeten Thatsachen.[58]) Beurkundet wird aber durch das H.R. regelmäßig nur die Thatsache der Anmeldung, nicht der Vorgang, auf den die Anmeldung sich bezieht.[59]) Nur da, wo die angemeldete Thatsache eine Willenserklärung ist, die mit der Anmeldung zusammenfällt, erstreckt sich die Beweiskraft des Handelsregisters auch auf die erstere.[60]) Der dem Handelsregister gegenüber zu erbringende Gegenbeweis kann sich sowohl auf unrichtige Beurkundung der Anmeldung wie auf Unrichtigkeit der Eintragung richten.[61]) Zu beachten ist, daß der Glaube des Handelsregisters lediglich prozessualische Bedeutung hat; den Eintragungen in dasselbe kommt zwar in gewissen Fällen rechts-

[57]) Vgl. die in der vor. Anm. Angeff., auch oben zu Anm. 11, 12. Bei Zweigniederlassungen tritt die Wirkung sowohl der relativen Richtigkeit wie der erfolgten Eintragung und Bekanntmachung befreiender Thatsachen hinsichtlich aller die Zweigniederlassung betreffenden Geschäfte ein.

[58]) Civ.P.O. 380, Z. 20. 569 Note (A G. Celle 72), Voraussetzung ist, daß die Eintragungen in vorschriftmäßiger Form erfolgt sind und daß sie innerhalb des dem H.R. zugewiesenen Geschäftskreises liegen. — Oeffentliche Urkunden sind auch die auf Grund des H.R.'s ertheilten beglaubigten Abschriften und Bescheinigungen; ihre Beweiskraft bestimmt sich nach C.P.O. 383.

[59]) v. Hahn S. 70[12], 74; auch Wiener Z. 24. 460; unklar v. Völdernd. S. 111. Richtig R. 23. 93 (286). R. civ. 1. 89 (242); Z. 20. 606 ff. (Nürnb. 68); Cl. u. A 3. 377; bedenklich eb.das. 4. 588.

[60]) Beispiele bei v. Hahn S. 70; vgl. R. 13. 95 (285). Auch insoweit dies nicht der Fall ist, kann der Anmeldende selbst sich nicht auf die Unrichtigkeit der angemeldeten Thatsache berufen, er wird „bei demjenigen festgehalten, was auf Grund seiner Erklärungen registrirt worden ist", R. 3. 85 (412); 4. 53 (259). Demnach wird zwar die Kaufmannseigenschaft noch nicht durch die Eintragung in das Firmenregister dargethan, wohl aber muß, wer seine Firma zum H.R. anmeldet, die öffentliche Erklärung dieser Eigenschaft gegen sich gelten lassen, Bu. 6. 11; 8. 174; 9. 110; 11. 367; 20. 43; 24. 283 ff. — So die Praxis, vgl. aber oben § 24, Anm. 9. Noch weiter gehende Wirkungen werden der Eintragung in dem Bu. 23. 217 ff. mitgetheilten Erk. (O.Tr. Berl. 71) zugeschrieben; dagegen a. a. O. S. 218 f., auch Gruchot Bd. 15 S. 300.

[61]) Eine unrichtige Beurkundung liegt z. B. auch dann vor, wenn die Identität oder die Erklärungsfähigkeit des Anmeldenden zu Unrecht angenommen worden ist; nicht dagegen, wenn in der betr. Urkunde nur eine ausdrückliche Feststellung der Identität fehlt, R. 19. 99 (337 ff.); vgl. auch Bu. 19. 249 ff. (A.G. Eisenach 69).

Digitized by Google

begründende Wirkung zu;[62]) die Ungültigkeit des eingetragenen Rechtsaktes wird dagegen durch die Eintragung nicht geheilt.[63])

10. Außer den im Vorstehenden enthaltenen knüpfen sich noch folgende specielle Wirkungen an die Eintragung:[63a]) a) die Vorschrift, daß die Handelsfirmen sich von den an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits vorhandenen unterscheiden müssen, gilt nur zu Gunsten der in das Handelsregister eingetragenen Firmen.[64]) Ebenso wird b) der Markenschutz Gewerbtreibenden, die im Inlande eine Handelsniederlassung besitzen, nur dann gewährt, wenn ihre Firma in das Handelsregister eingetragen ist.[65]) c) Eine Voraussetzung der Fähigkeit, zum Handelsrichter ernannt zu werden, ist, daß der Betreffende als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen oder eingetragen gewesen ist.[66]) d) Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft treten im Verhältniß zu Dritten spätestens mit dem Zeitpunkt ihrer Eintragung in Wirksamkeit.[67]) e) Bei den genannten beiden Gesellschaften beginnt die Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft mit

[62]) Oben S. 237. Die Entstehung der Aktienkommandit- und Aktiengesellschaft ist nicht durch die Ordnungsvorschriften der Art. 177, bez. 209 a—c, 210 a bedingt; Unrichtigkeiten in dieser Hinsicht werden durch die Eintragung gedeckt; R. 7. 63 (241 ff.); 16. 89 (357); 19. 99 (339); — dagegen werden durch dieselbe wesentliche Mängel des Statuts nicht geheilt, so wenig wie die Eintragung eines Generalversammlungsbeschlusses etwaige Mängel beim Zustandekommen desselben zu heilen vermag, R. 20. 60 (210).

[63]) Oben Anm. 59, auch Bu. 19. 249 f. (A.G. Eisenach 69). Ein ungiltiger Rechtsakt erlangt durch die Eintragung, auch Dritten gegenüber, keine Wirksamkeit. Nicht im Widerspruch hiermit steht R. 23. 92 (280), da, wenn eine Kommanditgesellschaft irrthümlich als offne Gesellschaft eingetragen ist, die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten sich nicht sowohl aus seiner Eintragung als offner Gesellschafter, als vielmehr aus Art. 163[3] ergiebt. Bedenklicher ist es, wenn R. 20. 60 (210) annimmt, daß der eingetragene Vorstand trotz etwaiger Ungültigkeit seiner Wahl Dritten gegenüber zur Vertretung der Gesellschaft befugt sei. Die Berufung auf den Plen.-Beschl. des Pr. O.Trib.'s vom 27. Juni 1845 (Präj. 1588) ist schwerlich geeignet, diese Entscheidung zu rechtfertigen. Von einer publica fides des H.R.'s im materiellen Sinn läßt sich höchstens negativ sprechen, sofern es sich um befreiende Thatsachen handelt, oben S. 238.

[63a]) Zum Folgenden v. Hahn S. 70 ff,

[64]) H.G.B. 20[1]; R. 3. 85 (412), auch f. folg. §.

[65]) Markenschutzges. § 1; R. 24. 78 (301 ff.), anders nach österr. Recht, unten § 41.

[66]) Ger.verf.ges. § 113; Keyßner Z. 25. 465 f.

[67]) H.G.B. 110, 163[1, 2].

Digitized by Google

dem Tage, an welchem die Auflösung oder der Austritt des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen ist. Gleiches gilt für die Klagen gegen Genossenschafter aus Ansprüchen gegen die (eingetragene) Genossenschaft, mit der Modification, daß im Fall des Ausscheidens oder der Ausschließung die Anzeige an das Gericht der entscheidende Zeitpunkt ist.[68]) f) Die Vertheilung des Vermögens einer aufgelösten Aktienkommanditgesellschaft unter die Gesellschafter, ebenso die theilweise Zurückzahlung des Aktienkapitals an die Kommanditisten ist erst nach Verlauf eines Jahres seit Eintragung des betreffenden Beschlusses in das Handelsregister zulässig.[69])

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebungen. Allgemeine Bestimmungen über die Führung eines Handelsregisters enthalten Spanien 22—31; Portugal 209—217; Ungarn 7—9. Dagegen beschränken sich Frankreich, Belgien, Holland, Italien darauf, für einzelne Fälle die Eintragung in zu diesem Behuf anzulegende Register vorzuschreiben. Die Führung der H.R. ist in sämmtlichen genannten Staaten Sache der Gerichte mit Ausnahme von Spanien, wo das Hauptregister Verwaltungsbeamten (Regierungssekretären) übertragen ist, während die Gerichte nur Nebenregister führen. Im Einzelnen: 1) Ungarn, auch in dieser Materie dem D.H.G.B. am nächsten stehend. Das Register, in der deutschen Uebersetzung Handelsfirmenregister genannt, besteht nach ministerieller Verordnung, Z. 21. 423, aus zwei Abtheilungen, einem Einzel- und einem Gesellschaftsfirmenregister, jedes in verschiedene Rubriken zerfallend. Die Publicität beruht auf denselben Grundlagen wie bei uns; ausdrücklich bestimmt ist, daß Jedermann die Befugniß hat, nicht nur sich Abschriften ertheilen zu lassen, sondern auch selbst Abschriften zu nehmen und daß in beiden Beziehungen das Recht sich auch auf die Beilagen des Registers erstreckt. Die Veröffentlichung erfolgt für Ungarn und Siebenbürgen in einem vom Handelsministerium herausgegebenen Centralanzeiger, für Croatien und Slavonien im dortigen Amtsblatt. Veröffentlichungen in anderen Blättern finden nur auf Antrag der Betheiligten statt. Die Fälle, in denen Eintragung nothwendig ist, ebenso die Folgen der unterlassenen Anmeldung, bezw. der unterbliebenen Veröffentlichung, stimmen mit unserem Recht überein; wo direkter Zwang eintritt, besteht derselbe in einer Geldstrafe bis zu 500 Fl., die nicht in Haft umgewandelt werden kann. Abweichend sind dagegen die positiven Wirkungen der Veröffentlichung bestimmt: Die Ein-

---

[68]) H.G.B. 146, 172; Genossensch.ges. § 63; österr. Genossensch. § 73. — Die Protokolle der R.C. gehen in dem Fall des Art. 146 von der Voraussetzung aus, daß der Tag der Eintragung aus dem H.R. zu ersehen sei; das Gesetz hat indeß das Erforderniß der Datirung nicht aufgestellt, R. 20. 88 (348 ff.).

[69]) H.G.B. 202, 203. Nicht hierher gehören die entsprechenden Bestimmungen in Betreff der Aktiengesellschaften, Art. 245, 247, 248, da hier die einjährige Frist nicht von der Eintragung, sondern von der letzten öffentlichen Bekanntmachung durch den Vorstand gerechnet wird; vgl. Art. 243 und dazu v. Hahn § 3.

Digitized by Google

tragungen wirken vom Tage ihrer Kundmachung Dritten gegenüber unbedingt. Mit der Unkenntniß der erfolgten Veröffentlichung kann sich Niemand entschuldigen, § 9². In Folge dieses Grundsatzes fehlt es in den Fällen der befreienden Thatsachen an einer unserem Art. 25³ entsprechenden Vorschrift. Eine specielle Abweichung ist, daß die Verjährung der Klagen gegen die Mitglieder einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft, abgesehen von dem Fall des Ausscheidens oder der Ausschließung eines Genossenschafters, mit der Kundmachung (nicht wie bei uns mit der Eintragung) der Auflösung oder des Austritts beginnt, § 122², 146, 154². — Eintragung der Konkurseröffnung § 22, 23, unten Zus. III. — 2) Frankreich. Wenig befriedigend sind die Bestimmungen des Co. Complicirt und zu mannigfachen Streitfragen Veranlassung gebend, unterscheiden sie sich nicht zu ihrem Vortheil von der Ord. du comm. (Vgl. über letztere wie überhaupt über das ältere französische Recht die oben angeführten französischen Schriftsteller, auch Holtius und de Wal a. a. O.). Nach dem derzeit geltenden Recht ist eine Publication bei dem Handelsgericht für folgende Fälle vorgeschrieben: a. Autorisation der Minderjährigen zum Handelsbetrieb, bezw. zum Abschluß einzelner Handelsgeschäfte, Co. 2, 3 oben S. 166. Die Kundmachung geschieht durch Eintragung in ein Register und durch Anschlag. Ist diesem Erforderniß nicht entsprochen, so gilt der Minderjährige nicht als Kaufmann Bédarr. I. 92, a. M. Lyon I. 165; b. Erklärungen betreffend Errichtung und Bestand der Handelsgesellschaften, insbesondere die Gesellschaftsverträge und deren Abänderungen (die übrigen hierher gehörigen Fälle s. im Gesellschaftsrecht). Die Art der Kundmachung war nach dem ursprünglichen Wortlaut der Co., art. 42—46, im Wesentlichen dieselbe, wie im vorigen Fall, d. h. Registrirung und öffentlicher Anschlag. Ein Decret von 1814 fügte die Bekanntmachung durch öffentliche Blätter hinzu, wurde aber aus constitutionellen Gründen vom Cassationshof für unwirksam erklärt. Demnächst nahm das Ges. v. 31. März 1833 diese Anordnung auf, die Bekanntmachung sollte danach durch die Interessenten in den von den Handelsgerichten alljährlich in den ersten 14 Tagen des Januar zu bezeichnenden Blättern bewirkt werden. Gänzlich umgestaltet sind die hierher gehörigen Vorschriften durch das Ges. über die Gesellschaften vom 24. Juli 1867 Art. 55—65. Registrirung und Anschlag sind fortgefallen. Erforderlich ist Einreichung der Gesellschaftsverträge sowie der sonstigen der Veröffentlichung bedürftigen Erklärungen bei jedem Handelsgericht und Friedensgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft eine Niederlassung hat, außerdem Bekanntmachung in den für die Aufnahme gerichtlicher Anzeigen bestimmten Blättern. Beides muß binnen Monatsfrist nach Vollziehung der Erklärungen geschehen. Die Bekanntmachung ist, wie nach früherem Recht, durch die Interessenten selbst zu bewirken, die der Gesellschaftsverträge erfolgt auszugsweise. Die öffentlichen Blätter hat nach dem Preßgesetz von 1852 der Präfect zu bezeichnen; nach einem provisorischen, aber z. Z. noch in Kraft befindlichen Decret von 1870 gilt dies indeß gegenwärtig nur noch für Paris, während in den Departements die Einrückung in jedem in französischer Sprache erscheinenden Blatte erfolgen kann, die Auswahl also den Interessenten überlassen ist. (Eine weiter gehende Publicität: die Befugniß, Abschriften und Auszüge zu verlangen und Anschlag im Geschäftslokal, ist in Betreff der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften vorgeschrieben.) — Die Nichtbeobachtung der

Digitized by Google

vorgeschriebenen Förmlichkeiten soll nach sich ziehen: nullité à l'égard des intéressés mais le défaut — ne pourra être opposé aux tiers par les associés, Co. 42, wörtlich übereinstimmend Ges. v. 24. Juli 1867 Art. 56, 61. Die Bedeutung dieser Bestimmung ist bestritten. Nach der herrschenden Ansicht wirkt die Nichtigkeit, abgesehen von der in den letzten Worten enthaltenen Beschränkung absolut, sowohl in Bezug auf das Verhältniß der Socien zu einander wie zu dritten Personen. Auf die Kenntniß des Dritten kommt nichts an (anders Pard. 3. 130); umgekehrt wird bei Erfüllung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten auf eine, wenn auch unverschuldete Unkenntniß des Dritten keine Rücksicht genommen. Vgl. bes. Lyon 1. 304 ss. — c. Eheverträge der Kaufleute*), Klagen und Urteile auf Gütertrennung, die beiden letzteren auch dann, wenn es sich um Nichtkaufleute handelt, Co. 65—70, procéd. civ. 867, 872. Die hierauf bezüglichen Bestimmungen sind überaus complicirt. Hervorzuheben ist Folgendes: Die Veröffentlichung beim H.G., die mit anderen Publicationen verbunden ist, theilweise auch durch sie ersetzt wird, geschieht durch Verlesung in öffentlicher Sitzung und durch Aushang eines Tableaus im Sitzungssaal des H.G.'s. Das Tableau veröffentlicht hinsichtlich der Eheverträge nur, ob die Ehegatten Gütergemeinschaft, getrennte Güter oder Dotalrecht verabredet haben. Daher braucht auch nur ein diese Angabe enthaltender Auszug eingereicht zu werden. War bei Abschluß der Ehepakten bereits einer der Ehegatten Kaufmann, so ist der Notar, der die Verhandlung aufgenommen hat, bei einer Disciplinarstrafe verpflichtet, den erforderlichen Auszug binnen einem Monat einzureichen, im Fall einer Collusion haftet er den benachtheiligten Gläubigern für Schadensersatz. Hat der Ehegatte erst später Kaufmannseigenschaft erlangt, so muß er selbst binnen einem Monat nach Eröffnung des Gewerbebetriebs die Einreichung bewirken, widrigenfalls er im Fall einer Zahlungseinstellung wegen einfachen Bankerottes bestraft werden kann. (Also facultativ, Co. 69. 586 nach der Revision von 1838; der ursprüngliche Text ließ im vorl. Fall stets die Strafe des betrügerischen Bankerottes eintreten.) Dieselbe Verpflichtung trifft den Ehegatten, der Kaufmann geworden ist, auch hinsichtlich eines früher etwa ergangenen Erkenntnisses auf Gütertrennung. Von einer Nichtigkeit Dritten gegenüber, wie sie die Ordonnance du c. vorschrieb (Tit. 8 Art. 1), weiß der Co. in Betreff der Eheverträge nichts, dagegen ist bestimmt, daß ein die Gütertrennung aussprechendes Urteil Mangels gehöriger Veröffentlichung den Gläubigern des Kaufmannes nicht entgegengesetzt werden kann.**) — 3) Italien. Die Hauptabweichungen vom französischen Recht sind: a. Dieselbe Veröffentlichung wie für die Autorisation Minderjähriger zum Handelsbetrieb ist für den Widerruf dieser Ermächtigung sowie für den Einspruch des Mannes gegen den Handelsbetrieb der

*) Eheverträge sind nur gültig, wenn sie vor Eingehung der Ehe in notarieller Form errichtet sind, Code civ. 1394. Nach dem Ges. vom 10. Juli 1850 ist in die Eheschließungsakte eine Erklärung darüber aufzunehmen, ob ein Ehevertrag geschlossen ist, wennmöglich unter Angabe des Datums sowie von Namen und Wohnsitz des Notars.

**) Registrirung beim H.G. ohne Veröffentlichung findet bei der Bodmerei statt, Co. 312, früher auch bei dem vor Antritt der Reise aufgenommenen Seedarlehn, Co. 190[6], 192[7]. Letzteres ist durch das Ges. sur l'hypothèque maritime vom 10. Dec. 1874 geändert. Die Inscription erfolgt hier jetzt in das vom Zollbeamten geführte Schiffshypothekenregister.

Digitized by Google

Frau vorgeschrieben, oben S. 167, 187. b. Für die Handelsgesellschaften ist im Wesentlichen der vor dem Ges. vom 24. Juli 1867 in Frankreich geltende Publicationsmodus beibehalten: Registrirung, Anschlag, dazu Veröffentlichung durch die Zeitungen Art. 158, 160—162, 164, 165. — Die Folge der Nichtveröffentlichung ist dahin bestimmt, daß jeder Gesellschafter die Befugniß haben soll, von der Gesellschaft zurückzutreten und daß alsdann die Gesellschaft mit der Notification des Rücktrittes als aufgelöst gilt. Dritten kann die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht entgegengesetzt werden. — Die Tragweite der Bestimmung ist unklar, anscheinend bezieht sie sich nicht blos auf die Veröffentlichung des Statuts, sondern auch seiner Abänderungen. Nur für den Fall einer vor dem statutenmäßigen Termin erfolgenden Auflösung der G. sind die Folgen ähnlich unserem Art. 25² (nicht auch 25³) festgesetzt.*) — 4) Belgien: a. Minderjährige und Ehefrauen s. oben S. 167, 186. Hinzuzufügen ist, daß nach Tit. 1 Art. 4, 9, 13 der Beamte, der die Erklärungen auf- oder entgegengenommen hat (Notar, Friedensrichter, Gerichtsschreiber), straffällig wird, wenn er dieselben nicht binnen Monatsfrist dem zuständigen H.G. oder in Ermangelung eines solchen dem Civilgericht einreicht. Dazu kommt im Fall einer Collusion civilrechtliche Haftung. b. Handelsgesellschaften, Tit. 9 Art. 6—13. Erforderlich ist Deponirung der zu publicirenden Akte bei dem zuständigen Handels- oder Civilgericht und Einrückung in den Moniteur. Die Belege für letzteres sind auf der Gerichtsschreiberei allgemeiner Kenntniß zugänglich zu machen. Die Gesellschaftsverträge der offenen Gesellschaften und einfachen Kommanditgesellschaften werden in Auszügen, die Statuten der Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften und cooperativen Gesellschaften dagegen in extenso eingereicht und publicirt. Die Niederlegung soll binnen 14 Tagen nach Vollziehung der Urkunde, die Einrückung binnen 10 Tagen nach der Niederlegung stattfinden. Die Veröffentlichung gilt erst am fünften Tage nach der Einrückung als gehörig erfolgt. Im Fall nicht rechtzeitiger Niederlegung ist ein besonderes droit d'enregistrement, d. h. formell eine Gebühr, der Sache nach eine Strafe von 50—5000 Frs. verwirkt, die bei Notariatsakten den Notar, bei Privaturkunden die persönlich haftenden Gesellschafter, bezw. die associés fondateurs trifft. Die Klagen nicht gehörig veröffentlichter Gesellschafter sind non recevables, d. h. es kann ihnen eine fin de non recevoir entgegengesetzt werden; die Socien können Dritten gegenüber sich weder auf den Gesellschaftsvertrag noch auf die mangelnde Publication desselben berufen. Dagegen tritt nicht, wie nach französischem Recht, Nichtigkeit auch für das Verhältniß der Socien zu einander ein. Aenderungen des Gesellschaftsvertrages, sowie alle sonst noch zu publicirenden Erklärungen sind in derselben Weise zu veröffentlichen wie die Gesellschaftsverträge, nur die Androhung der Geldstrafe fällt hier fort. Die Folge der Nichtveröffentlichung ist relative Nichtigkeit im Sinne unseres Art. 25²; bei einer Aenderung der Gesellschaftsverträge kann im Fall nicht rechtzeitiger Veröffentlichung auch von den Socien auf Nichtigkeitserklärung geklagt werden. (So wenigstens nach Namur 2. 846, 852, der Text des Gesetzes läßt Zweifel übrig.) — c. Eheverträge und Gütertrennung Tit. 2 Art. 12—15. Die Bestimmungen schließen sich im Wesentlichen an das fran-

*) Registrirung der Kaufleute, die ihre Bücher zur Beglaubigung eingereicht haben, Zus. I zu § 42.

Digitized by Google

zösische Recht an. Abweichend ist hauptsächlich, daß bei den Eheverträgen nur Eintragung in ein öffentliches Register stattfinden und daß der zu überreichende Auszug nicht blos das verabredete régime, sondern im Fall der Gütergemeinschaft auch die Abweichungen vom gemeinen Recht bezeichnen soll. — 5) Holland. Ueber Minderjährige und handeltreibende Ehefrauen oben S. 167, 187. In Bezug auf Handelsgesellschaften sind Veröffentlichungen erforderlich für die offene Gesellschaft und Aktiengesellschaft, nicht dagegen für die Kommanditgesellschaft (Kommanditgesellschaften auf Aktien sind dem holländ. Recht unbekannt). Die Veröffentlichung geschieht durch Eintragung in ein vom Arrondissementsgericht zu führendes Register und durch eine von den Interessenten zu bewirkende Bekanntmachung in der Staatszeitung, sowie in einem am Ort der Handelsniederlassung oder an einem nächstgelegenen Ort erscheinenden Blatte. Bei der offenen Handelsgesellschaft genügt auszugsweise Veröffentlichung, während das Statut der Aktiengesellschaften nebst der königlichen Genehmigung vollständig bekannt zu machen ist. Die Wirkung der Nichtveröffentlichung ist bei den Aktiengesellschaften absolute Nichtigkeit (arg. Art. 39), die offene Handelsgesellschaft gilt, so lange die Bekanntmachung nicht erfolgt ist, Dritten gegenüber als allgemein für alle Handelsgeschäfte und auf unbestimmte Zeit eingegangen. Ebenso gelten alle Socien als unbeschränkt zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt. Auch andere befreiende Thatsachen können ohne Bekanntmachung Dritten nicht entgegengesetzt werden. Ueberall wird hierbei das entscheidende Gewicht auf die Bekanntmachung in der Staatszeitung gelegt. Bei einer Verschiedenheit zwischen der Eintragung und der Bekanntmachung ist der Inhalt der letzteren maßgebend, Art. 29. Die Oeffentlichkeit des Registers ist durch Art. 25 in derselben Weise gewährleistet wie nach unserem Art. 12[2]. — Eheverträge, und zwar nicht blos von Kaufleuten, wirken Dritten gegenüber erst vom Tage der Eintragung in ein ebenfalls bei den Arrondissementsgerichten geführtes öffentliches Register, b. G.B. 207. Ueber die Bekanntmachung der Klagen und Urteile auf Gütertrennung enthält die bürgerliche Prozeßordnung Art. 807 ff. ausführliche, z. Th. dem franz. Recht entlehnte Bestimmungen. — 6) Spanien. In jeder Provinzialhauptstadt wird ein allgemeines H.R. (registro publico y general de comercio) geführt, welches aus zwei Abtheilungen besteht. Die erste enthält die Matrikel der Kaufleute; in die zweite sind einzutragen: a. Eheberedungen der Kaufleute und die Rückgabe der dos betreffende Schriftstücke; b. Verträge über die Errichtung der Handelsgesellschaften, bezw. Auszüge aus denselben, ferner Vereinbarungen über Aenderung des Gesellschaftsvertrages sowie über Auflösung der Gesellschaft vor dem statutenmäßigen Termin, Aenderungen im Personenbestand der Socien (Art. 290—292); c. kaufmännische Vollmachten. Abschriften der Eintragungen sind dem ordentlichen Gericht I. Instanz mitzutheilen und von diesem im Sitzungssaal anzuschlagen, sowie in das daselbst geführte Nebenregister einzutragen. „Jeder Kaufmann" ist bei einer Geldstrafe von 5000 Realen verpflichtet, die betreffenden Schriftstücke vierzehn Tage nach ihrer Vollziehung, oder wenn er selbst erst später Kaufmann geworden ist, vierzehn Tage, nachdem ihm das Certificat über seine Eintragung zugegangen ist, bei jedem H.R., in dessen Bezirk er eine Handelsniederlassung besitzt (folgt aus Art. 291), einzureichen. Die civilrechtlichen Folgen der unterlassenen Eintragung sind: Eheberedungen sind ungültig, insofern es sich um die Begründung eines Vorrechtes für die aus denselben hervorgehenden Forderungen handelt. Die Verträge in Betreff der Handelsgesellschaften begründen

Digitized by Google

keine Rechte unter den Socien, sind aber wirksam zu Gunsten dritter Kontrahenten. (Ist die Auflösung der Societät oder der Austritt eines Socius aus derselben nicht eingetragen und gehörig veröffentlicht, so gilt sie Dritten gegenüber als fortbestehend, der ausgetretene Socius noch als Mitglied, Art. 328, 335). Ebenso wirken nicht eingetragene Vollmachten zwar zu Gunsten Dritter, erzeugen aber keine Klage zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten. — 7) Portugal. Das H.R. ist im Ganzen für dieselben Eintragungen bestimmt, wie in Spanien, nur werden nicht erwähnt die Schriftstücke, welche sich auf die Rückgabe der dos beziehen. Dafür sind hinzugefügt Verschreibungen, die eine Hypothekenbestellung von Kaufleuten oder an solche enthalten, ferner alle Urkunden, deren Registrirung im G.B. sonst noch vorgeschrieben ist. Dies sind namentlich die Autorisation der Minderjährigen zum Handelsbetrieb, Art. 15, oben S. 168; die dem Seerecht angehörigen Parcerieverträge (Art. 1322, 1329) und die Bodmerei (Art. 1623 f.). Die vierzehntägige Frist findet sich auch hier. Geldstrafen werden nicht angedroht; die civilrechtlichen Folgen unterbliebener Eintragung sind in Betreff der drei oben erwähnten Fälle ebenso bestimmt wie vorstehend. Bei Hypothekbestellungen fällt, wie bei den Eheberedungen, das Vorrecht im Konkurse fort; die nicht eingetragenen Parcerien werden gewöhnlichen Gesellschaften gleichgestellt; die Bodmerei begründet, so lange sie nicht eingetragen ist, nur eine persönliche Verpflichtung des Entleihers. Veröffentlichung der Eintragungen durch Anschlag oder sonstige Bekanntmachung ist in keinem der vorgeb. Fälle vorgeschrieben. — 8) In England besteht das Erforderniß der Eintragung in ein öffentliches Register für die Handelsmarken unten § 41; die joint stock companies, Smith p. 62 s. und unten im Gesellschaftsrecht; und für Kaufverträge (bills of sale), wenn die Uebergabe hinausgeschoben wird. Ueber die neueste Gesetzgebung bezüglich des letzteren, nicht eigentlich in das Handelsrecht gehörigen Falles Mittermaier Z. 25. 142.

II. Entwürfe. 1) W. 12—33 (vgl. Mot. S. 33) ordnet für jedes H.G. ein in zwei Hauptabtheilungen zerfallendes öffentliches Handelsregister an, erste Abtheilung für die Handelsmatrikel, die zweite für alle übrigen Eintragungen bestimmt. Zu den letzteren gehören insbesondere Eheverträge, Handelsgesellschaften, Vollmachten. Zur Erzwingung der erforderlichen Anmeldungen sind überall Ordnungsstrafen in Aussicht genommen; dazu kommen in verschiedener Weise bestimmte civilrechtliche Folgen der unterbliebenen Eintragung. Für die Vollmachten sind dieselben im Wesentlichen dem spanischen, für die Gesellschaften dem holl. G.B. nachgebildet, nur ist hier die Eintragung auch für die stille Gesellschaft vorgeschrieben und sowohl bei der offenen wie stillen G. der Gesellschaftsvertrag im Fall der Nichtveröffentlichung hinsichtlich der Socien für unverbindlich erklärt, Art. 62—64, 106 ff., 235, 248 f. — 2) Er. verlangt Eintragung und öffentliche Bekanntmachung für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, während die Veröffentlichungen in Betreff der Aktiengesellschaften durch die Gesetzblätter stattfinden sollen. Die Wirkung der Nichtveröffentlichung im letzteren Fall ist absolute Nichtigkeit; bei den beiden anderen Gesellschaften ist jedem Socius die Befugniß eingeräumt, so lange die Veröffentlichung nicht stattgefunden hat, durch einseitigen Rücktritt die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages oder der sonst zu veröffentlichenden Erklärung für die Zukunft zu beseitigen. Dritten gegenüber soll das Prinzip des holländ. H.G.B's. Anwendung finden. Er. Tit. 3 Art. 7 ff.;

Digitized by Google

54 ff., 65, 72, 76 f. — 3) Die beiden österr. Entwürfe bestimmen, daß bei jedem H.G. ein Protokoll (Matrikel) geführt werden soll, in welches Handelsfirmen, Gesellschaftsverträge, Ansprüche der Ehegattinnen von Kaufleuten, Vollmachten der Verwalter und Liquidatoren von Handelsgesellschaften einzutragen sind. Die Wirkungen der Eintragung bezw. Nichteintragung sind in beiden Entw. verschieden bestimmt. Nach Or. wirken die Eintragungen von dem Tage an, wo sie vorgenommen sind und gelten so lange als zu Recht bestehend, bis die Löschung erfolgt. Indeß wirken befreiende Thatsachen trotz der Eintragung Dritten gegenüber nur dann, wenn diese die Thatsache kannten oder kennen mußten. Letzteres wird angenommen, wenn die Thatsache an dem Ort, wo ein Handelsgeschäft geschlossen wurde, notorisch oder durch öffentliche Blätter oder Circuläre bekannt gemacht war. Nach Om. gelten die eingetragenen Thatsachen als gehörig kundgemacht, wenn die Eintragung so zeitig geschehen ist, daß der Dritte sich Kenntniß von derselben verschaffen konnte. Nicht eingetragene Thatsachen können dritten Personen, die im Vertrauen auf den Inhalt des Handlungsprotokolls gehandelt haben, nicht entgegengehalten werden. Zur Herbeiführung der erforderlichen Anmeldungen sollen nach Om. (nicht nach Or.) Geldstrafen, unter Umständen auch weitere Zwangsmittel, eintreten — Or. 13—34, Om. 9—31. — 4) Pr. 8—10 stimmt mit unseren Art. 12—14 [2] wesentlich überein. Die erheblichste Abweichung ist, daß nach Pr. 10 die Eintragungen auch in öffentlicher Sitzung verkündigt werden sollten. (Bereits in erster Les. gestrichen, Prot. 62). Unser Art. 14 [3] fehlt in Pr., dagegen enthält Pr. 11 die nicht in das H.G.B. übergegangene Bestimmung, daß die Eintragungen in das H.R. Dritten gegenüber, sofern nicht eine frühere Kenntniß derselben nachzuweisen ist, erst mit dem Ablauf von drei Tagen seit der Bekanntmachung, von da an aber unbedingt in Wirksamkeit treten. Bei den Statuten der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften und den Abänderungen derselben war die Rechtsbeständigkeit von der Eintragung abhängig gemacht. Vorgeschrieben war die Eintragung für die Eheverträge der Kaufleute, durch welche das gesetzliche Güterrecht abgeändert wird (Art. 12 ff.); für Handelsfirmen, bei Einzelkaufleuten jedoch nur zur Wahrung des ausschließlichen Firmenrechts (Art. 21 ff.); für Beschränkungen und Erlöschen der Prokura (Art. 43, 49); in Betreff der Handelsgesellschaften (Art. 92 ff., 114, 122, 124, 130, 145, 160, 175, 181, 184). — Aus den Berathungen der N.C. sind besonders die zunächst an Pr. 11 anknüpfenden Erörterungen über die Wirkungen der Eintragung hervorzuheben. Bereits in erster Les. wurde dieser Art. beanstandet, weil einerseits dem in schuldloser Unkenntniß befindlichen Publikum gegenüber zu weitgehend, andererseits wegen der dreitägigen Frist demjenigen, der die Eintragung herbeigeführt hat, nicht genügenden Schutz gewährend, Prot. 23 f., 63 f. E. 1 ersetzte daher den Art. 11 durch eine Bestimmung, nach welcher eingetragene Thatsachen gegen Dritte Wirkung erlangen sollten, wenn aus den Umständen anzunehmen wäre, daß sie ihnen ohne eigenes Verschulden nicht unbekannt bleiben konnten. In zweiter Les. wurde aber auch diese Formulirung angegriffen und nach längerer Debatte beschlossen, in den Tit. über das H.R. gar keine derartige allgemeine Bestimmung aufzunehmen. Im H.G.B. sind demgemäß die Folgen der Eintragung und der unterlassenen Anmeldung nicht einheitlich, sondern an verschiedenen Stellen festgesetzt. Wie bereits angedeutet, ist absolute Nichtigkeit hinsichtlich der Aktien und Aktienkommanditgesellschaften dem Inhalt nach schon in Pr. ausge-

Digitized by Google

sprochen, die jetzige Fassung rührt aus der 2., in unserem Art. 214[3] sogar erst aus der 3. Les. her. Die Strafsanktion wurde in 1. Les., die relative Richtigkeit bezüglich der befreienden Thatsachen in ihrer gegenwärtigen Gestalt in 3. Les. beschlossen, unser Art. 163[3] ist in 3. Les. vereinbart. Vgl. die übersichtliche Darstellung bei v. Hahn I. S. 59 ff.

III. Eintragungen in das H.R., welche durch die Landesgesetzgebung vorgeschrieben oder für zulässig erklärt sind: a) Handelsbetrieb juristischer Personen. Württemb. 19, 20 fordert Eintragung des Statuts sowie derjenigen Personen, die zur Zeichnung der Firma ermächtigt sind. Das Statut ist auszugsweise zu veröffentlichen, auf die Vertreter der juristischen Person finden die Vorschriften über Prokuristen entsprechende Anwendung. — b) Bevormundete. Die Ermächtigung des Minderjährigen zum Handelsbetrieb ist einzutragen nach dem Großh. Hess. E.G. 24 (Rheinhessen), ebenso nach Baden 2, Hess.-Homb. 22. — Württemb. 21, 22 schreibt für alle bevormundeten Firmeninhaber Eintragung und Bekanntmachung des Vermerkes vor, daß sie unter Vormundschaft stehen; einzutragen und bekannt zu machen ist ferner die Aufhebung der Vormundschaft, sowie wenn ein im H.R. eingetragener Firmeninhaber entmündigt wird oder sonst die Befugniß, über sein Vermögen zu verfügen, dauernd oder zeitweise verliert. Aehnlich für die beiden letzteren Fälle Baden 4. — c) Handeltreibende Ehefrau. Baden 6—8: Einzutragen ist die gerichtliche Ermächtigung zum Handelsbetrieb, wo sie an die Stelle des ehemännlichen Consenses tritt; einzutragen und zu veröffentlichen ist ferner in allen Fällen der Widerruf der Genehmigung. Bremen 4: Einwilligung des Ehemanns und Widerruf derselben sind einzutragen und bekannt zu machen. Lübeck 2: Eintragung und Bekanntmachung ist nothwendig für die Erklärung des Ehemanns, daß er für die Handelsschulden der Frau überhaupt nicht oder nur mit einem bestimmten Theil seines Vermögens haften wolle. — d) Güterrechtsverträge der Ehegatten. Preußen 20, dazu R. 21. 76 (239), Coburg 5, Meiningen 6: Einzutragen und zu veröffentlichen ist die Ausschließung, in Preußen auch die Aufhebung, der gesetzlichen Gütergemeinschaft. Hannover 4, Oldenburg 4, Mecklenburg 9, Holstein-Schlesw. 8 verordnen, fast wörtlich übereinstimmend, dasselbe hinsichtlich aller Abweichungen von dem gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen ehelichen Güterrecht, Lippe 2 in Betreff aller Abweichungen von der gesetzlichen allgemeinen Gütergemeinschaft. Die Abweichung braucht nach den vorbenannten Gesetzen nicht dem Inhalt nach eingetragen zu werden, vielmehr genügt die Eintragung der Thatsache, daß eine Abweichung stattfindet. Eine beglaubigte Abschrift über den Inhalt der Abweichung ist bei Gericht zu hinterlegen. Lübeck 3 verlangt Eintragung und Bekanntmachung jeder Beschränkung der gesetzlichen Haftpflicht der Ehefrau; Oesterreich 16, 17 Eintragung, jedoch nicht Veröffentlichung der Ehepakten von Kaufleuten, indeß ebenfalls nicht dem Inhalt nach, sondern nur durch Bezeichnung des Datums sowie von Namen, Stand und Wohnort der Ehegatten. — Hierzu kommen die Vorschriften für die Gebiete des französischen Rechts: Preußen 40—43, Baiern 4 Abs. 2, Groß. Hessen 4[1], 27; Baden 10—17, Elsaß Lothr. 6—9. — e) Konkurseröffnung — über das Vermögen der Handelsgesellschaften, oben S. 234; über das Vermögen des Einzelkaufmannes Oesterr. 14, österr. Konk.Ordn. § 202—204 (hier ist auch die Konkurseröffnung sowohl der persönlich haftenden Gesellschafter wie der

Digitized by Google

Kommanditisten, desgleichen die Einleitung und Aufhebung des Vergleichsverfahrens von Amtswegen einzutragen); Württemb. 21 [3]; Kurhess. 8; Sächs. Min.V. 7. 3. 68, Bu. 14. 1 ff. — f) Fakultative Eintragung der Höker, Trödler, Hausirer, Wirthe und Fuhrleute, wenn sie einen größeren Gewerbebetrieb darthun, nach den thüringischen E.gesetzen und Kurhessen 4; bedingte Eintragungspflicht der Kaufleute minderen Rechts überhaupt: Hannover 6; Oldenburg 5; Hamb. 6; Bremen 5; auch oben S. 199 f. — g) Fakultative Eintragung der Handlungsvollmacht: Hannover 13; Oldenburg 13; Mecklenburg 17; Bremen 11. — h) Bevollmächtigte oder Geschäftsführer der Zweigniederlassungen auswärtiger Handelsgesellschaften: Hannov. 23; Oldenb. 22; Bremen 23; Hamburg 28; dazu Bu. 14. 98; 16. 194.

§ 40.

Die Firma. [1])

I. Firmare bedeutet eine Urkunde durch Unterschrift oder Zeichen bekräftigen. [2]) Firma ist demnach die Unterschrift oder das Handzeichen, dann die Art, wie sich Jemand bei der Abgabe von Unterschriften und demnächst im Geschäftsverkehr überhaupt zu bezeichnen pflegt. In letzterer Bedeutung ist das Wort im Handelsverkehr gebräuchlich geworden. [3]) Die Handelsfirma (kaufmännische F.) ist der Handelsname des Kaufmannes, „der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt." [4]) Aus dieser Begriffsbestimmung folgt, daß die Firma eine Bezeichnung des Prinzipals,

---

[1]) Literatur: Schweitzer, quaestionum forensium de firma mercatorum specimen Lips. 1803. Hassenpflug in Elvers Themis I Nr. 3 S. 59 ff.; Gans Beitr. z. Revis. d. preuß. Gesetzg. I Nr. 5, Thöl § 53 (in der 4. Aufl. § 19.b). Brinckmann § 21; Endemann § 18; v. Völdernd. in Endem.'s Handb. I § 44—47. Pardessus 4. No. 977 s.; Massé 3. No. 1947—51, 1958, 1968; Bédarr. des sociétés 1. No. 127 ss., 180, 185; 2. 267 s.; comm. sur la loi de 1867 2. No. 634; Lyon 1 No. 294, 346, 409, 459, 467, 507; — Namur zu den betr. Artikeln der belg. Gesetzes; Kist I. bl. 1. 70 v.; Vidari I. No. 169 ss.; Ludlow & Jenkins a treatise on the law of trade-marks and trade-names, Lond. 1877 (nur theilweise hierher gehörig). Sonstige Literaturangaben in den Anmerkungen.

[2]) Zum Folgenden: du Cange Gloss. med. et infim. latin. s. v. firma, firmare; Homeyer Haus- und Hofmarken S. 223; Brunner zur Rechtsgesch. d. röm. u. germ. Urk. S. 220.

[3]) Entsprechende, doch nicht immer gleichbedeutende Ausdrücke in fremden Sprachen: latein. ratio, nomen (bes. in Anwendung auf Gesellschaftsfirmen ratio, n. societatis), franz. raison, nom commercial, engl. firm, trade-name, ital. ditta, firma, ragione di commercio, span. razon, firma comercial, port., holländ. firma.

[4]) H.G.B. 15.

Digitized by Google

nicht, wie vielfach angenommen wird, des Geschäftes ist.[5]) Die bisweilen vorkommenden besonderen Etablissementsnamen sind keine Handelsfirmen.[6]) An eine selbständige Persönlichkeit der Firma ist vollends nicht zu denken.[7])

II. Die Geschichte des Firmenwesens führt auf das alte, mit den Haus- und Hofmarken verwandte Kaufmannszeichen (signum mercatorum) zurück, dessen sich die Kaufleute sowohl zur Bezeichnung von Waaren wie statt oder neben dem Namen bei der Unterfertigung von Urkunden bedienten.[8]) In der ersten Anwendung hat sich das Kaufmannszeichen bis auf die Gegenwart erhalten, aber auch in der zweiten ist dasselbe verhältnißmäßig spät außer Uebung gekommen

---

[5]) Z. 14. 17 (Regelsberger); R. 2. 8 (50); vgl. auch Z. 20. 615 (Nürnb. 72); Bu. 10. 478 (Darmst. 66). Neuester Vertreter der oben zurückgewiesenen Ansicht ist Ag. Mommsen, Bu. 32. 201 ff.: „die F. ist das äußere Zeichen der Identität des Geschäfts."

[6]) Bezeichnungen von Apotheken, Gasthöfen und dgl. — Sie können allerdings einen Bestandtheil der F. bilden, sofern sie zur näheren Bezeichnung des Geschäfts dienen (unten Anm. 22, 41) oder wenn sie als unpersönliche Firmen geführt werden, fallen aber begrifflich nicht mit der F. zusammen; mithin finden auch die Vorschriften über F. auf sie nur in den vorgedachten Fällen Anwendung. — Etablissementsnamen sind auch die in den Städten der russischen Ostseeprovinzen vorkommenden Nahrungsnamen kleinerer Gewerbtreibender, die aber dort wie Firmen behandelt werden, Zwingmann civilr. Entsch. d. Riga'schen Stadtger. 3. 421 (315); 4. 631 (361). — Ehrentitel (Hofbuchhandlung) kein Bestandtheil der F., Cl. u. A. 2. 236.

[7]) Gegenwärtig besteht hierüber im Allgemeinen Einverständniß, vgl. u. A. Z. 14. 12 (Regelsberger); Bu. 1. 194 (Busch); R. 15. 54 (176); 22. 17 (71); Z. 14. 487 (O.Tr. Berl. 66); Bu. 1. 225 (München 61); 10. 478 (Hofger. Darmst. 66); 12. 30 (A.G. Eisenach 59); 27. 435 (A.G. Köln 71). Zwingmann 1. 66 (349). Eine besondere Persönlichkeit der F. oder auch eine durch die F. bezeichnete kaufmännische Persönlichkeit der Geschäftsinhaber nehmen an Kuntze Z. 6. 197; Cl. u A. 1. 61 (Z. 11. 566); Bu. 13. 9, 10 (Nürnb.); z. Th. gehören dahin auch die Schriftsteller und Gerichtshöfe, die mit der Veräußerung des Geschäfts und der Firma einen Uebergang der Aktiva und Passiva auf den Erwerber eintreten lassen, vgl. die Citate bei Regelsberger Z. 14. 4 ff., auch oben S. 204 Anm. 6, S. 217.

[8]) Hierüber Dietzel, Das Handelszeichen und die Firma in Bekker u. Muther Jahrb. d. gem. d. Rechts Bd. 4 S. 227 ff., Homeyer Haus- und Hofmarken S. 172, 184 f., 194 f., 266 ff., 277 f. — Während die Bedeutung des Kaufmannszeichens für die Entwickelung des Firmenwesens durch die genannten Schriftsteller, namentlich durch die umfassenden Untersuchungen von Homeyer in erfreulicher Weise aufgeklärt ist, bedarf die Geschichte der besonderen Handelsnamen noch einer genaueren Darlegung.

Digitized by Google

und die besondere ein für allemal feststehende Gestalt des Namens und des Namenszuges, welche die Kaufleute bei geschäftlichen Unterschriften verwenden, darf als ein Ueberrest jener älteren Zeichnung betrachtet werden.[9]) Eigene von den bürgerlichen abweichende Handelsnamen finden sich zuerst für die Handelsgesellschaften.[10]) Hier lag es ganz besonders nahe, die gemeinsam oder durch einen gemeinsamen Vertreter handelnden Socien mit einer Gesammtbenennung zu bezeichnen, die ursprünglich wohl, wenn mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden waren, deren sämmtliche Namen enthalten mußte, während nicht persönlich haftende Gesellschafter durch den Zusatz et socii (et Compagnie) angedeutet wurden. Später wurde an diesen Regeln nicht mehr festgehalten, eine Firma der letzteren Art konnte auch zur Bezeichnung einer Kollectivgesellschaft dienen; selbst einzelne Namen ohne einen Zusatz wurden als Gesellschaftsfirmen benutzt. In der Folge nahmen dann auch die Einzelkaufleute vielfach besondere für die Zwecke des Handelsverkehrs bestimmte Namen an.

In Verbindung mit der Entwicklung des Firmenwesens steht die Uebung, bei der Begründung oder Uebernahme eines Geschäfts die Firma und die Art ihrer Zeichnung bekannt zu machen. Die Bekanntmachung erfolgte in der oben angegebenen Weise: durch Circulare, öffentliche Blätter, Anschlag, vor Allem durch Eintragung in die Handelsmatrikeln, Firmen- oder Raggionenbücher.[11])

III. Ein eigentliches Firmenrecht läßt sich in Deutschland bis zum H.G.B. nur innerhalb der Partikulargesetzgebung nachweisen.[12]) Gemeinrechtlich galt Firmenfreiheit, es war dem Belieben des Geschäftsinhabers anheimgegeben, ob er überhaupt eine Firma annehmen sowie welche Gestalt er derselben geben wollte. Auch durch das Vorhandensein gleich oder ähnlich lautender Firmen wurde die Freiheit der Wahl nicht beeinträchtigt, es gab kein Exklusivrecht bestehender Firmen.

Die Partikularrechte[13]) enthielten dagegen vielfach Vorschriften,

---

[9]) Dietzel S. 293 f.; Homeyer S. 184.

[10]) Andeutungen dieser Entwickelung bei Frémery études de droit comm. ch. VI p. 39 ss.; vgl. auch die Notiz bei Stobbe Z. 8. 51; Regelsberger Z. 14. 17.

[11]) Hierüber s. den vor. §.

[12]) Für das (bestrittene) Recht vor dem H.G.B. vgl. Thöl 4. Aufl. § 19.b; Brinckmann § 21, Morstadt § 20; Mittermaier D.Pr.R. § 555 II; Z. 1. 165 (Celle); 6. 577* (Lübeck 57); Bu. 8. 272 (O.A.G. Wiesb. 58).

[13]) Frühere Partikularrechte: A.L.R. II. 8 § 617 ff., 777, 788, 793, dazu besonders Gelpcke in seiner Ztf. f. H.R. Heft 3 S. 166 ff.; Fischer österr. H.R.

Digitized by Google

durch welche diese Freiheit mehr oder weniger eingeschränkt wurde: Anordnungen über die Bildung der Societätsfirmen, Verbote oder Beschränkungen in Bezug auf die Annahme mit dem bürgerlichen Namen nicht übereinstimmender oder zur Verwechslung mit bereits vorhandenen geeigneter Firmen, Bestimmungen über die Publicität u. dgl. m. Häufig wurden die lediglich den bürgerlichen Namen des Einzelkaufmannes enthaltenden Bezeichnungen überhaupt nicht als Firmen betrachtet, so daß dieser Begriff lediglich auf die Societäts- und die künstlichen Firmen bezogen wurde.[14])

IV. In umfassender Weise ist das Firmenwesen durch das H.G.B. geordnet.[15]) An dasselbe schließt sich hinsichtlich der genossenschaftlichen Firmen das Gesetz vom 4. Juli 1868 an.

Nach dem H.G.B. gilt jeder Name, mit dem sich der Kaufmann in seinem Handelsbetrieb bezeichnet, als Firma.[16]) Mit Rücksicht hierauf lassen sich die Firmen in solche unterscheiden, welche dem zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältniß einen entsprechenden Ausdruck geben und solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Erstere sollen hier natürliche, letztere künstliche Firmen genannt werden.[17]) Ihrer äußeren Erscheinung nach sind die Firmen entweder persönliche oder unpersönliche Firmen, je nachdem sie einen Personennamen enthalten oder nicht.[18]) Die persönlichen sind Einzel-

---

§ 28, 39, 42, 43; Frankf. V. 20. Okt. 25 (Z. 14. 481); Hamburg 28. Dec. 35; Lübeck 28. April 1849; K. Sachsen 28. Juli 46. Sonstige Notizen bei Brinckmann und Mittermaier a. a. O.

[14]) Die ältere Literatur und Gesetzgebung geht vorwiegend von diesem Begriff der Firma aus; anders z. B. die sächs. Firmenordnung vom 28. Juli 1846; über das franz Recht s. Zus. I.

[15]) Ueber die Abweichungen des H.G.B.'s von Pr. unten Zus. II., Prot. 32 ff., 911, 916 ff. Die Ausdehnung der Anmeldungspflicht auf alle Firmen ist, wie Prot. 917 hervorgehoben wird, in Uebereinstimmung mit den kaufmännischen Sachverständigen beschlossen worden.

[16]) H.G.B. 15: Die F. eines Kaufmanns ist der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt. Hier wird nur der Begriff der Kaufmannsfirma und auch dieser nur im Sinn des H.G.B.'s festgestellt. Es widerspricht daher dem Art. 15 nicht, wenn Z. 11. 124 f. (O.Tr. Berlin 65) die „Königl. Regierungs-Hauptkasse zu P." als Firma im Sinn von Art. 4 [3], 96 [3] D.W.O. angesehen wird. Vgl. auch B u. 7. 166.

[17]) Thöl braucht zur Bezeichnung des obigen Gegensatzes die Ausdrücke wahre und unwahre Firmen. Künstliche F. findet sich aber schon in den Prot. S. 917.

[18]) Unter Personennamen sind hier nur solche Namen zu verstehen, bei denen

Digitized by Google

oder Gesellschaftsfirmen, jene weisen auf einen einzelnen Prinzipal, diese auf eine Handelsgesellschaft hin. [19])

Mit der Feststellung eines allgemeinen Begriffs ist zugleich die Firmenfreiheit beseitigt. Abgesehen von den Kaufleuten minderen Rechts [20]) soll jeder Kaufmann, ebenso jede Handelsgesellschaft und eingetragene Genossenschaft, eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Firma führen. Die Vorschriften über die Form der Firma beruhen auf dem Prinzip der natürlichen Firmen. Aus demselben ergeben sich folgende Bestimmungen:

a) die Firma des Einzelkaufmannes soll die Person des Prinzipals erkennbar machen. Sie muß daher den Familiennamen (bürgerlichen Namen) des Prinzipals enthalten. [21]) Zusätze sind gestattet [21a]), sofern sie zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäfts dienen. [22])

---

nicht der Hinweis auf einen persönlichen Träger des Geschäfts von vorn herein ausgeschlossen ist. Die bei v. Hahn I S. 94 angef. Beispiele von Aktiengesellschaftsfirmen sind daher trotz der darin vorkommenden Namen unpersönliche Firmen.

[19]) Dieser Gegensatz wird demnach hier nicht mit Rücksicht darauf, ob das Geschäft von einem Einzelkaufmann oder einer Handelsgesellschaft betrieben wird, sondern lediglich nach der äußeren Form der Firma bestimmt.

[20]) H.G.B. Art. 10 oben § 36.

[21]) Der bürgerliche Name ist der Name, dessen Führung dem Kaufmann im bürgerlichen Leben zusteht. Adelsprädikate bilden einen Bestandtheil des bürgerlichen Namens, können daher auch in der F. geführt werden, Bu. 2. 248; v. Völdernd. S. 147 [3]. Die geschiedene Ehefrau kann, wenn sie die Befugniß hat, den Namen des Ehemannes beizubehalten, diesen auch als F. benutzen, vgl. R. 24. 78 (299 ff.); sie darf sich dabei allerdings nicht in einer Weise bezeichnen, der die Ehe noch als fortdauernd erscheinen läßt, dagegen ist ein Zusatz, der ausdrücklich auf die Auflösung der Ehe hinweist, bei ihr ebensowenig erforderlich, wie bei der Wittwe; v. Hahn I S. 89 [1], unrichtig Bu. 40. 161 (A.G. Köln 79). Tritt eine Namensänderung ein, so muß gemäß Art. 16 auch eine Aenderung der F. stattfinden. Das H.G.B. enthält keine Vorschrift, welche für diesen Fall eine Beibehaltung der bisherigen F. zuließe. Dies gilt namentlich für den Fall der Wiederverheirathung einer Wittwe oder geschiedenen Ehefrau; entgegengesetzt Bu. 30. 159 (München 72).

[21a]) Nach der österr. Konk.Ordn. § 246.a darf ein Kaufmann, über dessen Vermögen Konkurs eröffnet ist, bis zur Wiederbefähigung keine Handelsgeschäfte unter einer nicht lediglich in der Zeichnung seines vollen Namens und Vornamens bestehenden F. treiben.

[22]) Nur solche Zusätze sind gestattet. Ob ein Zusatz zur näheren Bezeichnung des Geschäfts oder der Person dient, unterliegt richterlicher Prüfung, anders v. Hahn S. 90, auch Kierulff Entsch. Bd. 7 S. 23. — Auch Etablissementsnamen können als Bezeichnungen des Geschäfts in die F. aufgenommen werden, vgl. aber unten Anm. 41. Wird die Bezeichnung des Geschäfts von dem Gegenstand des

Digitized by Google

Ausdrücklich untersagt sind alle Zusätze, die ein Gesellschaftsverhältniß andeuten.[23])

b) Die Firma der offenen und der Kommanditgesellschaft sollen den Namen, jene mindestens eines Gesellschafters, diese mindestens eines Komplementärs und einen auf ein Gesellschaftsverhältniß hinweisenden Zusatz enthalten.[24]) Bei der offenen Handelsgesellschaft ist ein solcher Zusatz entbehrlich, falls sämmtliche Gesellschafter in der Firma aufgeführt sind.[25]) Andere Personennamen als die von Socien bezw. persönlich haftenden Gesellschaftern dürfen in der Firma nicht benannt werden. Insbesondere dürfen in der Firma der Kommanditgesellschaft keine Kommanditisten namhaft gemacht werden; geschieht dies mit ihrer Zustimmung, so haften sie den Gläubigern der Gesellschaft unbeschränkt, gleich den Complementären.[26])

Betriebs entnommen, so darf sie nicht mit dem thatsächlichen Verhältniß in Widerspruch stehen, wenn auch nicht zu verlangen ist, daß sie demselben vollständigen Ausdruck gebe. Wird aber die gewählte Bezeichnung im Laufe des Geschäftsbetriebes ganz unpassend, so muß wiederum eine Aenderung der F. stattfinden. Die nähere Bezeichnung der Person kann, abgesehen von den Vornamen, namentlich durch Hinzufügung von Unterscheidungsmerkmalen, wie senior, junior u. dgl. sowie durch Angabe von verwandtschaftlichen oder sonstigen Beziehungen zu einer andern Person bewirkt werden. Auch für die Angabe derartiger Beziehungen gilt der Grundsatz, daß sie mit der Wirklichkeit übereinstimmen müssen; sie dürfen überdies ohne Einwilligung der in der F. genannten Personen, bezw. ihrer Rechtsnachfolger, nicht so beigefügt werden, daß sie sich als Fortführung einer früheren F. darstellen. Von weiteren Erörterungen der gerade auf diesem Gebiet endlosen Kasuistik muß hier Abstand genommen werden. Vgl. v. Hahn und v. Völdernd. zu d. Art. Letzterer geht allerdings vielfach von unrichtigen Ansichten aus.

[23]) Auch dann, wenn der Kaufmann das Geschäft mit einem stillen Gesellschafter betreibt, Art. 16[1], 251[2], 257.

[24]) Zum Folgenden Art. 17 und dazu v. Hahn und v. Völdernd. Ohne gesetzliche Grundlage ist die Entsch. Cl. und A. 3. 435, welche den Zusatz et Comp. nur bei der offenen G. für zulässig erklärt. Or. enthielt zwar die Bestimmung, daß die stille G. stets et Commandite firmiren solle (unten Zus. 1), dieselbe ist aber nicht in das H.G.B. übergegangen.

[25]) Nicht dagegen bei der Kommanditgesellschaft, wenn auch sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter in der F. genannt sind. Genügt die Firma M. und S., wenn außer M. zwei Gebrüder S. offene Gesellschafter sind? Bu. 1. 391 (Danzig 62) bejaht, indeß schwerlich mit Recht. — Eine aus mehreren Namen bestehende F., ohne daß eine Handelsgesellschaft vorliegt R. 15. 67 (237), auch Z. 8. 619 ff. (Dresden 64).

[26]) Art. 168. Ebenso, wenn der Name des Stillen in der F. genannt ist, Art. 257. Ausdrückliche Zustimmung ist nicht erforderlich, es genügt wissentliches und einspruchloses Geschehenlassen, R. 23. 18 (54). Noch weiter geht Thöl, der

Digitized by Google

Dieselben Vorschriften gelten auch für die Aktienkommanditgesellschaften. Auf alle vorstehenden Gesellschaften bezieht sich die Bestimmung, daß sie sich nicht als Aktiengesellschaft bezeichnen dürfen.[27])

c) Die Firma der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft soll unpersönlich sein; die erste soll in der Regel, die zweite immer von dem Gegenstand der Unternehmung entlehnt sein. Die letztere soll überdies stets den Zusatz eingetragene Genossenschaft als einen Bestandtheil der Firma führen.[28])

V. Bei folgerichtiger Durchführung vorstehenden Prinzips müßte immer, wenn die Personen der in der Firma benannten Geschäftsinhaber sich ändern, auch eine Aenderung der Firma selbst eintreten. Hiergegen spricht aber, daß Kundschaft und Renommé des Geschäfts vielfach als an der Firma haftend betrachtet werden, dieser mithin ein, bisweilen sehr erheblicher Vermögenswerth beizumessen ist. Auch das persönliche Interesse des bisherigen Inhabers, welches die Erhaltung einer durch seine Thätigkeit bewährten Firma, gewissermaßen als einen Ehrenpunkt erscheinen läßt, verdient Berücksichtigung. In Anbequemung an diese Anschauungen hat der Gesetzgeber die Möglichkeit anerkannt,

---

die Haftung der Kommanditisten und also doch wohl auch des Stillen auch dann annimmt, wenn ihre Namhaftmachung in der F. ohne ihr Wissen erfolgt war, § 105 und 111. Dagegen v. Hahn und Anschütz zu d. Artt.; s. auch Casaregis disc. 29 n. 27 si aliquis ex accomandantibus passus fuerit vel permiserit aut expresse voluerit nomen suum ab accomandatario etiam expendi, quia tunc sine dubio in solidum — teneretur; Massé 3. 1968. Wird der Name einer an dem Geschäft nicht betheiligten Person mit ihrer Zustimmung als F. benutzt, so ist, sofern nicht der Fall des Art. 25 vorliegt, (unten zu Anm. 41, 44), eine Haftung derselben für die unter der F. geschlossenen Geschäfte nur vermöge einer actio doli zu begründen. Ueber die Behandlung dieses Falles im franz. Recht Zus. I zu d. §. — Verschieden hiervon ist der Fall, in welchem der Inhaber eines Geschäfts einen Andern ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt, seinen Namen oder seine Firma zu zeichnen. Darin liegt die Einräumung einer Vertretungsbefugniß (305 ff.).

[27]) Art. 17³. Statt dieser für die offene und die einfache Kommanditgesellschaft ziemlich bedeutungslosen Bestimmung würde es sich empfehlen, der Aktienkommanditgesellschaft die ausdrückliche Aufnahme ihres Charakters in die F. vorzuschreiben.

[28]) H.G.B. 18, Genossensch.ges. § 2². An erstgenannter Stelle fehlen die Worte „in der Regel" in Pr., sind aber schon in 1. Les. hinzugekommen, Prot. 37; v. Hahn zu d. §. — Das österr. Genossensch.ges. enthält im § 4 eine der obigen entsprechende Bestimmung; die F. muß die Bezeichnung „registrirte Genossenschaft" und je nach Beschaffenheit der Haftung den Beisatz „mit unbeschränkter Haftung" oder „mit beschränkter Haftung" enthalten.

[29]) Mot. zu Pr. S. 18.

Digitized by Google

die Befugniß[30]) zur Führung einer Firma auf Andere zu übertragen und bei den übertragenen oder abgeleiteten Firmen Abweichungen von den obigen Regeln zugelassen.[31]) Im Einzelnen ist zu bemerken:

a) Die Erben des bisherigen Prinzipals, die das Geschäft desselben fortsetzen, sind zur Fortführung der Firma befugt.[32]) Ebenso kann bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts dem Erwerber das Recht zur Beibehaltung der bisherigen Firma eingeräumt werden.[33]) Legitimirt zur Gewährung dieser Befugniß sind diejenigen Personen, die über das Geschäft selbst disponiren können, also der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Universalsuccessoren.[33a]) Die Ermächtigung

[30]) Aus dem im Text Hervorgehobenen ergiebt sich, daß die Fortführung der bisherigen Firma dem Erwerber des Handelsgeschäfts nicht blos als Befugniß eingeräumt, sondern auch als Verpflichtung auferlegt sein kann, Beispiel Bu. 26. 253 (Nürnb. 71). Zur Erzwingung dieser Pflicht steht aber immer nur die Privatklage zu, eine Veranlassung zum Einschreiten von Amtswegen (Art. 26) ist hier nicht vorhanden.

[31]) Der Firmenübergang ist nicht durch die Eintragung in das Handelsregister, weder der ursprünglichen Firma noch ihrer Uebertragung, bedingt, R. 10 64 (289 ff.); Bu. 2. 159 (KG. Berlin 63); Z. 20. 619 (Nürnb. 70); 23. 264 (K.G. Berl. 67); Cl. u. A. 2. 226. Anders nach Pr. 26[4]. — österr. Konk.Ordn. § 246.a oben Anm. 21.a.

[32]) Art. 22. R. 23. 16 (51). Wird das Geschäft im Wege der Erbtheilung einem der Miterben überlassen, so bedarf es zur Fortführung der bisherigen F. der Zustimmung sämmtlicher Erben. — Befugniß der Wittwe, die F. ihres verstorbenen Mannes fortzuführen, nach älterem Recht? Z. 6. 577 (Lübeck 57).

[33]) Dies ist auch dann möglich, wenn ein Einzelkaufmann das Geschäft einer Handelsgesellschaft erwirbt oder wenn umgekehrt das Geschäft eines Einzelkaufmannes auf eine Handelsgesellschaft übergeht, Cl. u. A. 2. 226. Mit Unrecht ist in letzterer Hinsicht eine Ausnahme behauptet worden, falls der Erwerber eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, Bu. 10. 309 (K.G. Berl. 65); 27. 442 (A.G. Magdeb. 72); richtig R. 20 12 (34), auch Keyßner Z. 21. 410 ff. Eine Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 22 ist nur insoweit begründet, als die Bestimmungen der Art. 168 und 257 Anwendung finden.

[33a]) Derjenige, der die Befugniß zur Fortführung der bisherigen F. einräumt, muß selbst nicht nur zur Führung, sondern auch zur Uebertragung derselben befugt sein. Der Grundsatz nemo plus juris transferre potest quam ipse habet findet Anwendung, Maßen Bu. 2. 268. Ungültigkeit der Uebertragung, weil dem Uebertragenden die Befugniß zur Führung der F. fehlte, Bu. 20. 56 (O.Tr. Berl. 68). — Die weitere Veräußerung einer übertragenen F. ist zwar an sich statthaft, aber dann für unzulässig zu erachten, wenn die F. bei der ersten Uebertragung dem damaligen Geschäftserwerber nur persönlich eingeräumt, die Weiterübertragung dagegen ausgeschlossen wurde, Cl. u. A. 3. 426; Bu. 39. 106 (K.G. Berlin 77); anders Bu. 23. 228 (O.Tr. Berl. 69).

Digitized by Google

kann inter vivos oder mortis causa ertheilt werden,[34]) setzt den Uebergang des Geschäfts voraus,[35] bedarf aber stets einer ausdrücklichen Erklärung.[36]) Eine Fortführung der Firma ist auch dann vorhanden, wenn der Erwerber des Geschäfts sich der Firma seines Vor-

---

[34]) Art. 22 erwähnt nur den Erwerb durch Vertrag oder durch Erbgang; unzweifelhaft aber soll letzterer Fall jeden Erwerb von Todeswegen umfassen.

[35]) Art. 23: Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig. — Ueber den Begriff des Geschäfts oben § 37. Die Veräußerung muß eine ernstliche, keine simulirte sein, Bu. 9. 110 (O.Tr. Berl. 66). Eine Simulation liegt nicht schon dann vor, wenn die Veräußerung des Geschäfts ohne Aktiva und Passiva erfolgt, wie Bu. 9. 465 angenommen wird, wohl aber immer dann, wenn der angebliche Veräußerer überhaupt kein Geschäft betrieb, R. 6. 57 (246); 10. 64 (289). Nothwendige Voraussetzung für die Uebertragung der F. ist demnach das Vorhandensein eines Handelsgeschäfts; unter dieser Voraussetzung wird aber die Uebertragung weder durch den Konkurs des Prinzipals noch dadurch ausgeschlossen, daß die das Geschäft veräußernde Handelsgesellschaft sich in Liquidation befindet; mit Unrecht a. M. Bu. 2. 142 (Sächs. J.Min. 63); 34. 296 (München 75). Ueber den Konkurs s. unten Anm. 43. Bezüglich der Liquidation darf man nicht übersehen, daß die Thatsachen, welche dieselbe veranlassen, zwar die Auflösung der Handelsgesellschaft, nicht aber ohne Weiteres auch einen Stillstand des Geschäfts mit sich bringen, daß vielmehr letzteres noch längere Zeit während der Liquidation fortgesetzt werden kann, vgl. auch v. Kräwel und A.G. Naumb. 68, Bu. 13. 399. Nachträgliche Ueberlassung des Firmenrechts, nachdem das Geschäft ursprünglich ohne die F. veräußert war, Bu. 5. 502 (Hofger. Gießen 64). — Die Befugniß zur Fortführung der bisherigen F. ist übrigens nicht blos an die Veräußerung, sondern auch an den Fortbestand des veräußerten Geschäfts gebunden, der Erwerber muß dasselbe so fortsetzen, daß es wesentlich dasselbe Geschäft bleibt; er kann die übertragene F. nicht für einen anderen Geschäftsbetrieb verwenden, Rciv. 1. 95 (260 ff.), auch Gotter Bu. 14. 5, der aber unrichtig annimmt, daß in diesem Fall kein Einschreiten von Amtswegen stattfinden könne. Andererseits muß die übertragene F. von dem Erwerber, abgesehen von der Beifügung eines auf das Nachfolgeverhältniß hinweisenden Zusatzes, unverändert fortgeführt werden, Bu. 9. 469 (A.G. Frankf.); Cl. u. A. 3. 497. Eine Geschäftsveräußerung liegt auch dann vor, wenn ein Kaufmann, der mehrere Handelsniederlassungen besitzt, eine derselben veräußert. Daher steht nichts im Wege, daß das Firmenrecht bei Veräußerung einer Zweigniederlassung übertragen wird, Bu. 4. 127 ff., Cl. u. A. 3. 319. Thatsachenfrage ist es, ob in diesem Fall der Erwerber der Zweigniederlassung nun seinerseits die ihm übertragene F. für weitere von ihm errichtete Zweigniederlassungen verwenden darf. Hierüber Cl. u. A. a. a. O.

[36]) „Da das Gesetz eine bestimmte Form für den Ausdruck der Willensäußerung nicht vorschreibt, ist es Sache der Beurtheilung des einzelnen Falles, ob der Wille sich in einer solchen Weise kundgegeben hat, daß die Einwilligung als eine ausdrückliche anzusehen ist.“ R. 10. 64 (291).

Digitized by Google

gängers mit einem das Nachfolgeverhältniß zum Ausdruck bringenden Zusatz bedient.[37])

b) Wenn das Geschäft eines Einzelkaufmannes durch Hinzutritt von Theilnehmern in eine offene oder Kommanditgesellschaft umgewandelt wird, kann die bisherige Firma auch ohne einen auf ein Gesellschaftsverhältniß hinweisenden Zusatz fortgeführt werden. Ebenso wenn ein neuer Gesellschafter einer bestehenden Gesellschaft hinzutritt. Dem Prinzip der natürlichen Firmen widerspricht letzteres dann, wenn sämmtliche bisherige Socien in der Firma genannt waren.[38])

c. Die Fortführung der bisherigen Firma ist auch dann gestattet, wenn ein Gesellschafter aus einer Handelsgesellschaft austritt.[39]) Einwilligung des Austretenden ist nur erforderlich, wenn sein Name in der Firma enthalten war.[40])

VI. Der Grundsatz der natürlichen Firmen erleidet demnach so vielfache Ausnahmen, daß sich aus der Form der Firma niemals mit Sicherheit auf die Person des Firmeninhabers schließen läßt. Um so nothwendiger ist hier die Publicität des Handelsregisters. Vorgeschrieben ist die Eintragung der Firmen selbst, ihrer Aenderung und ihres Erlöschens sowie jeder Aenderung in der Person der Firmen-

[37]) An sich ist es dem Firmenerwerber freigestellt, ob er die bisherige F. mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz führen will; es können ihm aber auch in dieser Hinsicht Beschränkungen auferlegt sein, namentlich kann ihm der Gebrauch der F. nur mit einem solchen Zusatz eingeräumt sein, R. 14. 61 (187).

[38]) Art. 24[1]. Demnach kann für ein Gesellschaftsgeschäft unter den obigen Voraussetzungen eine Einzelfirma geführt werden. Art. 17 findet in diesem Fall keine Anwendung, Cl. u. A. 4. 618.

[39]) Art. 24[1]. Diese Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn eine aus zwei Personen bestehende Handelsgesellschaft aufgelöst, das Geschäft aber von einem der früheren Socien allein fortgeführt wird, R. 21. 60 (192); Bu. 1. 413 (Nürnb. 63); v. Kräwel Bu. 13. 388 ff., entgegengesetzt Cl. u. A. 4. 765. Es ist also unter den obigen Voraussetzungen möglich, daß ein Einzelkaufmann sein Geschäft unter einer Gesellschaftsfirma betreibt. Art. 16 ist in diesem Fall nicht anwendbar. Dagegen ist die Fortführung der bisherigen F. nicht möglich, wenn ein Gesellschafter, dessen Name in der F. genannt war, fortan nur als Kommanditist oder Stiller betheiligt sein will, wegen Art. 168, 257; oben Anm. 26.

[40]) Art. 24[2]. Ist der Socius, dessen Name in der F. enthalten war, verstorben, so müssen seine Erben in die Fortführung derselben willigen, Cl. u. A. 3. 290. Selbstverständlich bedarf es der Einwilligung des Ausscheidenden nicht, wenn der in der F. enthaltene Name zwar mit dem seinigen gleichlautend ist, aber nicht ihn, sondern eine andere Person (den gleichnamigen Vater des Ausscheidenden) bezeichnet, Cl. u. A. 3. 516.

Digitized by Google

inhaber.[41]) Eine Aenderung der Firma ist, auch ohne daß ein Personenwechsel stattfindet, jederzeit zulässig, nur darf die geänderte Firma nicht im Widerspruch mit den Vorschriften des HGB. stehen.[42]) Das Erlöschen der Firma tritt ein, wenn der Geschäftsinhaber stirbt oder aufhört, Kaufmann zu sein, ohne daß ein Uebergang des Firmenrechts auf andere Personen stattfindet, ebenso wenn er statt der bisherigen eine andere Firma annimmt, dagegen bewirkt die Löschung der Firma im Handelsregister noch nicht das Erlöschen des Firmenrechts.[43])

Hinsichtlich der Verpflichtung zur Anmeldung sowie zur Einreichung der Firmazeichnung beim Handelsregister, desgleichen in Bezug auf die Folgen der unterbliebenen und bewirkten Eintragung

---

[41]) Art. 19, 21, 25. — Nur die F. wird eingetragen, die Bezeichnung des Geschäfts und ebenso Etablissementsnamen sind nicht als solche, sondern nur dann einzutragen, wenn sie wirklich einen Bestandtheil der F. im Sinn der Art. 15, 16 bilden sollen. Daher ist die Eintragung von Etablissementsbezeichnungen wie gut und billig u. dgl. mit Recht zurückgewiesen worden; nach dem bei Keyßner Z. 21. 414 f. Anm. 3 Angeführten hätte aber auch als F. des Gasthofsbesitzers L. Krüger nur dessen Name und nicht der Zusatz Hof von England rc. eingetragen werden dürfen. Sind Geschäfts- und Etablissementsbezeichnungen, die keinen Bestandtheil der F. bilden, zu Unrecht in das Handelsregister eingetragen, so hat dies doch nicht zur Folge, daß der Firmenschutz sich mit auf sie erstreckt.

[42]) Die Möglichkeit der F.änderung wird in Art. 25[1] vorausgesetzt. Unter Umständen kann dieselbe geboten sein, so wenn die in der F. enthaltene Geschäftsbezeichnung nicht mehr paßt, bei abgeleiteten Firmen immer, wenn das Geschäft, bezüglich dessen die Uebertragung stattfand, ein wesentlich anderes wird, oben Anm. 35. Die Aenderung einer übertragenen F. ist nur in der Weise möglich, daß eine den Grundsätzen der natürlichen Firmen entsprechende F. angenommen wird.

[43]) Kein Erlöschen der F. und des Firmenrechts bewirkt a. der bloße Nichtgebrauch, sofern nicht der Wille des Berechtigten, die F. aufzugeben, ersichtlich ist. Zu weit geht aber das Z. 20. 619 (Nürnb. 70) mitgetheilte Erk., welches diesen Willen nicht als dargethan ansieht, obwohl in dem betr. Fall der Prinzipal das Geschäft, für welches die F. geführt wurde, in eine offene Handelsgesellschaft unter einer neuen F. umgewandelt hatte; b. die Löschung der F. im Handelsregister R. 10. 64 (289); c. die Konkurseröffnung, sofern sie nicht den Stillstand des Geschäfts zur Folge hat, und zwar gilt dies sowohl von der F. des Einzelkaufmannes wie von der der Handelsgesellschaften, vgl. hierüber die z. Th. abweichenden Aufsätze von Keyßner, Gotter, v. Kräwel. Bu. 2. 292, 10. 19; 14. 1; 15. 257; auch Bu. 2. 142 (Sächs. J.Min. 63); Z. 23. 263 (K.G. Berl. 69), (österr. Konk.Ordn. § 246.a oben Anm. 21.a) d. der Eintritt in die Liquidation seitens einer Handelsgesellschaft, oben Anm. 35, eine Liquidationsfirma des Einzelkaufmannes kennt das Gesetz nicht, R.civ. 1. 95 (265). — Untergang der F. bei Zerstückelung des Geschäfts Bu. 2. 160.

Digitized by Google

finden die im vorigen §. erörterten allgemeinen Grundsätze Anwendung.[44]) Amtliches Einschreiten des Gerichts findet aber nicht blos zur Erzwingung der Anmeldung, sondern auch gegen den Gebrauch einer unzulässigen Firma statt.[45]) „Hat die Eintragung stattgefunden, so ist hierdurch der Wortlaut der Firma zur Feststellung gebracht und dem Firmaträger die Verpflichtung auferlegt, sich lediglich dieser Firma in seinem Geschäftsbetrieb zu bedienen.“[46]) Die wesentlichste

[44]) Art. 19, 21, 25; oben S. 237 f. In Bezug auf die Einreichung der Firmenzeichnung ist hier noch zu bemerken: Nach dem Wortlaut des Art. 19 kann es nicht wohl zweifelhaft sein, daß das Gesetz die Beibringung der Firmenzeichnung seitens des Prinzipals als einen Bestandtheil der Anmeldung betrachtet; fehlt dieselbe, so ist die Anmeldung unvollständig, der Richter muß demnach, so lange diesem Erforderniß nicht genügt ist, die Eintragung ablehnen. Hieran kann aber nicht festgehalten werden, wenn der Prinzipal zur Hinterlegung der Firmenzeichnung außer Stande ist, weil er schreibensunkundig oder aus andauernden physischen Gründen am Schreiben behindert ist. In solchen Fällen wird von dem gedachten Erforderniß als einem nicht realisirbaren Abstand zu nehmen sein. Die Gerichte haben hier meist zu unrichtigen Auskunftsmitteln gegriffen. Dahin gehört, wenn mehrfach von schreibensunkundigen Prinzipalen die Bestellung eines Prokuristen Behufs Vollziehung der Firmenzeichnung verlangt worden ist. Unzutreffend ist dies sowohl deswegen, weil die Firmenzeichnung des Prokuristen etwas anderes ist wie die im Art. 19 verlangte des Prinzipals; wie auch deswegen, weil es kein Gesetz giebt, nach welchem der Prinzipal zur Bestellung eines Prokuristen oder auch nur eines Handlungsbevollmächtigten angehalten werden könnte. Vgl. Bu. 2. 154 (Königsb. Comm.Coll. 63); 3. 363 (Köslin A.G. 63; Marienwerder A.G. 62); Cl. u. A. 1. 32; 4. 772; Swoboda in Siebenhaar's Arch. N. F. Bd. I S. 225 ff. Anders, wenn der Prinzipal minderjährig oder sonst handlungsunfähig ist. Hier kann allerdings verlangt werden, daß, sofern nicht ein besonderer Vertreter für das Handelsgewerbe existirt, der gesetzliche Vertreter die Firma anmelde und zeichne, Cl. u. A. 1. 88.

[45]) Art. 26[2]. Die dem Gericht zu Gebote stehenden Zwangsmittel sind auch hier Ordnungsstrafen. Die Vorschrift selbst ist ebenfalls nur eine Ordnungsvorschrift, die unter einer unzulässigen Firma vorgenommenen Rechtshandlungen sind deshalb nicht ungültig, R. 22. 17 (71 f.), s. auch unten zu Anm. 68.

[46]) R. 4. 53 (259). Nicht ausgeschlossen ist, daß der Kaufmann sich bei der Abgabe von Unterschriften seines, wenngleich von der eingetragenen F. abweichenden bürgerlichen Namens bedient, R. 9. 65 (215). Im Uebrigen soll er die F. genau so, wie sie eingetragen ist, gebrauchen und auch geringfügige Abweichungen vermeiden, Z. 6. 355 (Sächs. J.Min. 62); Bu. 3. 118 (Nürnb. 64); 13. 116 (Dresd. 66). Ungültigkeit der einzelnen Rechtshandlungen zieht auch in diesem Fall der Gebrauch der unzuständigen F. nicht nach sich, s. unten Anm. 63. — Dauernder Gebrauch einer von der eingetragenen abweichenden F. wird übrigens meist als eine stillschweigend bewirkte Firmenänderung anzusehen sein. — In den vorgedachten Fällen findet ebenfalls ein Einschreiten des Gerichts auf Grund von

Digitized by Google

Wirkung der Firmeneintragung ist aber, daß durch sie das ausschließliche Recht auf die Führung der Firma begründet wird.[47]) Dieses Ausschließungsrecht erstreckt sich auf den Orts- oder Gemeindebezirk der betreffenden Handelsniederlassung.[47a]) „Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.“ [48]) Deutlich ist diejenige Unterscheidung, die bei Anwendung der im Handelsverkehr üblichen Sorgfalt erkennbar ist. Im Allgemeinen sind hiernach schon geringfügige Abweichungen als deutliche Unterschiede zu betrachten.[49]) Insoweit gilt das Gebot der Unterscheidbarkeit aber auch für diejenigen Firmen, deren Inhaber zur Führung eines mit der älteren gleichlautenden Namens berechtigt sind.[50]) Dasselbe ist auch auf Zweigniederlassungen anwendbar hinsichtlich der am Ort oder in der Gemeinde der Zweigniederlassung bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen.[51])

VII. Der unbefugte Gebrauch einer Firma[51a]) begründet abgesehen

---

Art. 26² statt, dagegen unterliegt die Art und Weise der Zeichnung, vorausgesetzt daß der Wortlaut mit der Eintragung übereinstimmt, nicht der Disciplin des Gerichts, Bu. 23. 442 (A.G. Kassel 70).

[47]) Mittelbar knüpft sich an die Eintragung der F. auch die Wirkung des Markenschutzes, s. folg. §.

[47a]) „Ort oder Gemeinde“ oben § 38 Anm. 18.

[48]) Art. 20¹. Der Schutz wird den eingetragenen Firmen gewährt. Zur Begründung desselben ist die Bekanntmachung der Eintragung nicht erforderlich, ebensowenig genügt die bloße Anmeldung. Wird aber vor der Eintragung einer gehörig angemeldeten F. eine zweite gleichlautende F. angemeldet, so ist der Inhaber dieser letzteren zur Annahme eines unterscheidenden Zusatzes aufzufordern, Bu. 1. 395 (Stadtger. Berl. 63); v. Hahn und v. Völdernd. zu d. Art.

[49]) Die Bestimmung im § 18 des Markenschutzges. ist hier nicht ohne Weiteres anwendbar. Für die Waarenzeichen bedarf es augenfälligerer Unterscheidungsmerkmale als für die Firmen, schon deswegen, weil erstere in viel höherem Maß für den allgemeinen Verkehr bestimmt sind. Zur Kasuistik R. 23. 49 (140); Cl. u. A. 1. 39; 3. 319; Z. 6. 575; Bu. 1. 394 (A.G. Köln 62), 1. 528 (Sächs. J.Min. 62); 2. 49; 3. 75 (Stadtger. Berl. 62, 64); 23. 442 (A.G. Kassel 72); 28. 364 (Stuttg. O.H.G. 72); 30. 87 (Königsb. Komm.Koll. 73). — Das Erforderniß der Unterscheidbarkeit bezieht sich nur auf den Wortlaut der Firma, nicht auf die Schreibweise bei der Firmenzeichnung, Bu. 23. 442; R.civ. 2. 37 (142), oben Anm. 46.

[50]) Art. 20². Anders Pr. 21, s. Zus. II am Schluß d. §.

[51]) Art. 21². Bu. 1. 390; Cl. u. A. 3. 319. In Folge dieser Vorschrift kann eine Verschiedenheit zwischen der F. der Haupt- und der der Zweigniederlassung erforderlich werden, oben § 38 Anm. 24.

[51a]) Ueber das Wesen des Firmenschutzes, Gareis, Bu. 35. 185 ff.; auch folg. §.

Digitized by Google

von dem amtlichen Einschreiten des Gerichts[32]) ein zweifaches Klagerecht für denjenigen, der hierdurch in seinen Rechten verletzt ist: auf Unterlassung der weiteren Führung und auf Schadenersatz.[33]) Beide Klagen können mit einander kumulirt werden. Für beide ist erforderlich, daß sich ein Berechtigter und ein Unberechtigter gegenüberstehen. Es muß mithin: a) Seitens des Beklagten der Gebrauch einer Firma stattgefunden haben, ohne daß ihm eine Berechtigung zur Seite steht.[34]) Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist nicht erforderlich.[35]) Ein Gebrauch der Firma liegt vor, wenn die Firma als solche benutzt ist. Der Beklagte muß sich ihrer bei dem Abschluß von Handelsgeschäften bedient oder sich zum Abschluß von Handelsgeschäften unter der Firma erboten haben. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn die Firma zum Handelsregister angemeldet, am Geschäftslokal (als Ladenschild) angeschlagen oder sonst bekannt gemacht ist.[56]) Dagegen ist die Benutzung

---

[32]) Art. 26[1]. Hierüber mit besonderer Beziehung auf das Preußische Recht R.civ. 2. 63 (223 ff.).

[33]) Art. 27[1]. **Wer durch den unbefugten Gebrauch einer F. in seinen Rechten verletzt ist, kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der F. und auf Schadensersatz belangen.** Uebereinstimmend Pr. 28[2]. Nach 28[1] sollte derjenige, der sich einer ihm nicht zustehenden F. bedient, wegen Führung eines falschen Namens bestraft werden. Die Bestimmung wurde fortgelassen, weil in vielen Gesetzgebungen Vorschriften über die Führung falscher Namen fehlten, Prot. 42. Auch das R.Str.G. § 360[8] bestraft die Führung eines falschen Namens nur, wenn sie „einem zuständigen Beamten gegenüber" stattgefunden hat.

[34]) R. 4. 53 (254); 6. 57 (246); 10. 64 (289); Z. 6. 576; Bu. 23. 231 (A.G. Köln 62, 70); Bu. 20. 56 (O.Tr. Berl. 68). — Der Beweis, daß die F. vom Beklagten **unbefugt** geführt werde, liegt dem Kläger ob. Zu diesem Behufe muß derselbe entweder darthun, daß die F. des Beklagten dem Prinzip der natürlichen Firmen nicht entspreche, oder daß sie sich von einer an demselben Ort oder in derselben Gemeinde befindlichen, bereits früher in das Handelsregister eingetragenen nicht deutlich unterscheide. Dem Beklagten steht hiergegen die Berufung auf den Erwerb des Firmenrechts als Einrede zu. Z. 14. 488 ff. (Hofg. Wiesb. 65.) Zur Begründung derselben gehört im Fall der übertragenen Firmen der Nachweis, daß der Erwerb von einem zur Uebertragung Berechtigten erfolgt ist, anders Z. 20. 623 (O.Tr. Berl. 69). Unbefugter Gebrauch der F. liegt auch dann vor, wenn die Befugniß zwar an sich vorhanden, aber bestimmten Personen gegenüber ausgeschlossen ist, nur ist alsdann auch allein in Bezug auf diese Personen eine Rechtsverletzung möglich, v. Hahn zu Art. 27.

[35]) Auch nicht für den Anspruch auf Schadensersatz. Darin liegt auch keine Härte. Anders nach dem Markenschutzgesetz, s. folg. §.

[56]) Verwendung der Firma als Firmenschild R. 14. 61 (184), vgl. aber auch Bu. 40. 249 (H.A.G. München 75). Analoge Anwendung des Art. 27 gegen den,

Digitized by Google

der Firma zur Bezeichnung von Waaren kein Gebrauch derselben im Sinne des HGB.'s.[57]) Hiergegen wird nicht durch dieses, sondern durch das Markenschutzgesetz Schutz gewährt.[58]) b) Der unbefugte Gebrauch der Firma muß eine Rechtsverletzung des Klägers enthalten. Die Rechtsverletzung braucht nicht darin zu bestehen, daß ein ausschließliches Firmenrecht des Klägers verletzt wird.[59]) c) Der Anspruch auf Schadenersatz setzt überdies eine Beschädigung des Klägers voraus. Die Entscheidung über Existenz und Höhe des Schadens soll schon nach dem HGB. auf Grund freien richterlichen Ermessens, ohne Rücksicht auf positive Beweisregeln erfolgen;[60]) gegen-

---

der sich fälschlich als Vertreter einer F. gerirt R. 21. 69 (221). Ist die F. des Beklagten in das Handelsregister eingetragen, so ist kein weiterer Nachweis des unbefugten Gebrauches erforderlich, R. 24. 78 (301); die im Art. 27 gewährten Rechtsmittel stehen aber auch gegen den unbefugten Gebrauch nicht eingetragener Firmen zu.

[57]) So die herrschende, obwohl nicht unbestrittene und auch nicht unbedenkliche Ansicht, R. 4. 53; 6. 57; 24. 59 (228 ff.); Cl. u. A. 3. 275; Bu. 1. 200 (Busch); 23. 231; 27. 455 (A.G. Köln 70, 71); 27. 447 (K.G. Berl. 71); dagegen Z. 11. 129; Bu. 6. 18 (A.G. Köln 64); Reyßner Bu. 27. 454. Prot. 924. Vgl. auch folg. §.

[58]) Hierüber folg. §.

[59]) Maßen Bu. 2. 268; R. 4. 53; 6. 57; Bu. 27. 447 (K.G. Berl. 71). — Art. 27 fordert, daß der Kläger durch den unbefugten Gebrauch der F. „in seinen Rechten" verletzt ist. Woran hierbei zu denken, ist nicht völlig klar. R. 6. 57 (200) sagt: „Unbedingte Voraussetzung ist nur die Verletzung eines — wenngleich an und für sich nicht durch Klage oder Einrede verfolgbaren — Verbietungsrechts." Was heißt das? — Aus den Bestimmungen des H.G.B.'s läßt sich nur folgern, daß derjenige, der sich einer fremden Firma unbefugt bedient, das Recht des Firmenträgers auch dann verletzt, wenn das Geschäft, für welches die F. unbefugt geführt wird, sich an einem anderen Ort oder in einer anderen Gemeinde befindet. Ebenso liegt ein unbefugter F.gebrauch vor, wenn Jemand die F. eines Verstorbenen ohne Einwilligung seiner Erben benutzt. Ein Recht auf den Familiennamen hat dagegen das H.G.B. weder gewähren noch versagen wollen. Ob der Gebrauch eines fremden Namens in der F. als Rechtsverletzung anzusehen ist, kann daher nur nach bürgerlichem Recht bestimmt werden. Ueber letzteres Hermann im Arch. f. civ. Pr. Bd. 48 S. 153, 315 ff. A. M. v. Hahn und v. Völdernd. zu Art. 27, auch Bu 8. 265 (A.G. Wiesb. 65). — Das Recht, auf welches sich die Untersagungsklage gründet, braucht kein Vermögensrecht zu sein R. 4. 53.

[60]) Art. 27²: Ueber das Vorhandensein und die Höhe des Schadens entscheidet das Handelsgericht nach seinem freien Ermessen. Uebereinstimmend Pr. 28³. Der Vorschlag statt „nach freiem" zu setzen „nach billigem Ermessen" wurde abgelehnt, Prot. 43, 923 f. Ein zur 3. Les. gestellter Antrag, die Bestimmung als zum Prozeßrecht gehörig, ganz auszuscheiden, kam

wärtig kommt in dieser Beziehung die Bestimmung des § 260 der Civ.Proz.Ordn. zur Anwendung.[61])

Im Fall einer Verurtheilung des Beklagten kann die Veröffentlichung des Erkenntnisses angeordnet werden.[62])

VIII. Die Firma hat als Bezeichnung des Prinzipals dieselbe Bedeutung wie der bürgerliche Name; eine Namens der Firma abgegebene Erklärung enthält aber zugleich einen Hinweis auf die Zugehörigkeit zu dem unter der Firma betriebenen Handelsgeschäft.[63]) Ihrer Natur nach ist die Firma zunächst für Handelsgeschäfte und hierauf bezügliche Willenserklärungen[64]) bestimmt, indeß nicht nothwendig auf sie beschränkt. In Betreff der Handelsgesellschaften und eingetragenen Genossenschaften ist ausdrücklich anerkannt, daß sie unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere

---

nicht zur Berathung. Zusammenstell. S. 10 Nr. 44. Die Klage auf Schadensersatz ist außer an die beiden, für die Untersagungsklage bestehenden, noch an das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung, gebunden. Art. 27 räumt dem Richter in dieser Hinsicht im Wesentlichen bereits dieselben Befugnisse ein wie die D.C.P.O. Das freie Ermessen erstreckt sich sowohl auf die Beweiswürdigung wie auf die Substantiirung des Schadensanspruches Z. 11. 127 (Lübeck 65); 20. 488 (Wiesb. 66); Bu. 1. 241 (A.G. Köln 62); theilweise abweichend Bu. 1. 200; 2. 299; v. Hahn, v. Völdernd. zu d. Art. — Vererblichkeit des Ersatzanspruches Bu. 36. 200 (A.G. Leipz. 77).

[61]) „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und in wie weit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Fall hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf."

[62]) Art. 27³.

[63]) v. Hahn S. 86 f. — Urkunden mit der F. unterzeichnet, haben demnach dieselbe Bedeutung, wie wenn sie mit dem Namen des Geschäftsinhabers unterschrieben wären, R. 5. 58 (266). Geschäfte Namens der F. geschlossen, R. 10. 99 (410); 17. 53 (239). Die Wirkung tritt auch dann ein, wenn die F. unbefugter Weise geführt wird, R. 22. 17 (71). Voraussetzung für die verpflichtende Wirkung der unter der F. von dritten Personen abgegebenen Erklärungen ist aber immer, daß der Erklärende zum Gebrauch der F. ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt war, R. 21. 98 (305). Der Hinweis auf die Zugehörigkeit des einzelnen unter der F. abgeschlossenen Geschäfts zu dem Handelsgewerbe des Kaufmanns ist bedeutungslos, wenn die Natur des einzelnen Geschäfts einen solchen Zusammenhang ausschließt.

[64]) Offerten, öffentliche Ankündigungen, Fakturen u. dgl.

Digitized by Google

dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden können.[65]) Hinsichtlich des Einzelkaufmannes enthält das Gesetz keine gleichlautende Bestimmung; daraus folgt aber nur, daß dasselbe eine über den Bereich der Handelsgeschäfte hinausgehende Verwendbarkeit der Firmen dem bürgerlichen und bezw. dem Prozeßrecht anheimgestellt hat.[66]) Was insbesondere die Möglichkeit, unter der Firma zu klagen und verklagt zu werden, anlangt, so ist dieselbe auch bei dem Einzelkaufmann insoweit vorhanden[67]), als es sich nicht um Klagen handelt, bei denen der Zusammenhang mit dem Handels-

---

[65]) H.G.B. 111, 164, 213, Genossensch.ges. § 11, österr. Genossensch.ges. § 12.

[66]) Eintragung von Hypotheken für die Firma des Einzelkaufmannes, Bu. 27. 435 (A.G. Köln 71); Z. 23. 262 (K.G. Berl. 75). Gegen die Verwendung derselben beim Erwerb von Grundeigenthum Z. 11. 126 (A.G. Dillenburg 64). Ausgeschlossen ist der Gebrauch der Firma in all den Fällen, in denen die Person als solche hervortreten soll.

[67]) Die Bezeichnung der Parteien unter der F. ist nach der D. Civ.Proz.O. §§ 230[1], 121[1], 630[1] für ausreichend zu erachten. Auch Prozeßvollmachten können mit der F. gezeichnet werden; nur muß, wenn der Gegner nach § 76[2] die Beglaubigung der Unterschrift verlangt, die Person des Unterzeichnenden, sowie wenn es gefordert wird, seine Eigenschaft als Firmenträger oder seine sonstige Berechtigung die F. zu zeichnen, festgestellt werden. — Darauf, ob die F. in das Handelsregister eingetragen ist, sowie ob sie befugter oder unbefugter Weise geführt wird, kommt es auch hier nicht an. Die Frage nach der prozessualischen Verwendbarkeit der F. ist schon vor der Civ.Proz.O. vielfach erörtert worden. Für die Zulässigkeit u. A. v. Hahn S. 85 f., v. Völdernd. S. 138 f., der aber zu weit geht, wenn er meint, daß ein Kaufmann aus den im Betrieb seines Geschäfts vorgenommenen Rechtsakten nur unter seiner F. klagen und verklagt werden könne; vergl. ferner R. 3. 85 (409 ff.); 10. 95 (410); 14. 99 (305); 23. 35 (101); Bu. 1. 492 (Roloff); 2. 153; 11. 327; 12. 32; 23. 220; 30. 203; Z. 11. 125 f., 546. Gegen die Zulässigkeit Z. 6. 586; Bu. 1. 194, 225, 389; 2. 153; 12. 30; Martinius bei Gruchot 19. 179. Ueber Prozeßvollmachten Z. 11. 547, 553; 14. 485; 15. 250. — Wird eine Firma als Kläger oder Beklagter bezeichnet, so sind die Inhaber derselben zur Zeit der Klageerhebung die Prozeßparteien. Aendern sich dieselben im Laufe des Prozesses, so kommen die §§ 217, 235 ff. C.P.O. zur Anwendung. Hiernach bestimmt sich auch, von wem die Prozeßhandlungen vorzunehmen sind, die, wie insbesondere Eidesleistungen, der Partei persönlich obliegen. Wird bestritten, daß die Person, die sich zu einer solchen Handlung erbietet oder von der dieselbe gefordert wird, hierzu berechtigt oder verpflichtet sei, so entscheiden zunächst die allgemeinen Grundsätze von der Beweislast; nur hat gerade bei der Eidesleistung der Richter auch von Amtswegen darauf zu sehen, daß dieselbe von dem Schwurpflichtigen erfolge, § 410. — Zweifel, ob der in der Klage angegebene Name eine F. oder einen bürgerlichen Namen bezeichnet, R. 14. 99 (305); Bu. 12. 39 (Jena 67).

Digitized by Google

betrieb von vorn herein ausgeschlossen ist.[67a]) — Die Annahme einer bestimmten Firma hat nicht die Ungültigkeit der unter einer anderen Bezeichnung vom Prinzipal eingegangenen Geschäfte zur Folge.[68]) Die Führung mehrerer Firmen seitens desselben Prinzipals ist nur beim Vorhandensein mehrerer Handelsniederlassungen zulässig[69]); sie kann hier sogar geboten sein, wenn der Prinzipal eine Zweigniederlassung an einem Ort errichtet, an welchem bereits eine mit der Hauptniederlassung gleichlautende Firma besteht und in das Handelsregister eingetragen ist.[70])

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebungen. Der Co. kennt nur Societätsfirmen und zwar nur der offenen und der Kommanditgesellschaft. Weder der Name des einzelnen Kaufmannes noch die Bezeichnung der namenlosen Gesellschaft,

---

[67a]) Ebensowenig wie Strafverfolgungen überhaupt können Injurienklagen gegen eine F. gerichtet werden, Bu. 9. 130; 29. 289; 38. 229 (O.Tr. Berl. 65, 72, 75). An letztgedachter Stelle wird auch die Zulässigkeit einer Injurienklage seitens einer F. verneint, wobei aber wohl eine Ausnahme hinsichtlich der Klage wegen Kreditgefährdung auf Grund von § 187 Str.G.B. zu machen ist.

[68]) R. 9. 65 (215), auch 14. 70 (210), oben Anm. 45, 46. Theilweise von anderen Grundsätzen geht das R.O.H.G. beim Wechsel aus. Für die Bezeichnung des Remittenten, ebenso für das Accept, wird genaue Uebereinstimmung mit der eingetragenen F. verlangt, R. 9. 96 (328); 12. 59 (173); 21. 10 (27); dagegen Thöl Praxis S. 23 ff.; Bu. 36. 328 (München 73); auch R. 23. 16 (51). Nicht erheblich ist nach dem R.O.H.G. eine die Identität nicht zweifelhaft machende Ungenauigkeit in der Bezeichnung des Domiziliaten, des Bezogenen, des Indossatars, R. 12. 77 (243); 14. 57 (172); 18. 106 (418).

[69]) A. M. Thöl a. a. O.; Keyßner Z. 21. 410 ff.; Zimmermann Bu. 31. 219 ff. und das das mitgeth. Erkenntn. des O.A.G.'s Darmstadt; richtig v. Hahn S. 85, auch Hilse, Bu. 35. 270 ff. — Daß nicht für dasselbe Geschäft mehrere Firmen angenommen werden können, ergiebt sich aus Art. 15—19; zweifelhaft kann nur sein, ob ein Kaufmann, der zu einem ihm bereits gehörigen ein anderes Handelsgeschäft mit dem Firmenrecht erwirbt, die neu erworbene Firma neben seiner ursprünglichen auch dann fortführen kann, wenn die beiden Geschäfte mit einander vereinigt sind. Auch diese Frage ist aber schon deswegen zu verneinen, weil nach dem Anm. 35 Bemerkten die Fortführung der abgeleiteten F. den Fortbestand des übertragenen Geschäfts voraussetzt. Daß ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte besitzt, für dieselben verschiedene Firmen führen kann, wird Prot. 920 ausdrücklich anerkannt, vgl. R. 15. 54 (175); 20. 12 (34); 24. 47 (156). Die Handelsniederlassungen brauchen sich nicht an verschiedenen Orten zu befinden. Auf einen Fall, in welchem mehrere Geschäfte, obwohl getrennt von einander, doch in derselben Oertlichkeit geführt werden, scheint das bei Keyßner S. 414[3] mitgetheilte Beispiel hinzuweisen. Der Gebrauch einer F. in mehreren Sprachen ist nicht als die Führung einer mehrfachen F. anzusehen.

[70]) Art. 21[2], oben Anm. 51; § 38 Anm. 24.

Digitized by Google

unsere unpersönliche F., gelten ihm als Firmen in technischem Sinne. Da derselbe ferner die s. g. künstlichen Firmen ganz ausschließt, so sind seine hierher gehörigen Bestimmungen erheblich einfacher als die des H.G.B.'s. Sie reduciren sich auf folgende Vorschriften: a) die F. der offnen Handelsgesellschaft darf nur Namen von Socien enthalten, art. 21. Dadurch ist die Aufnahme anderer Personennamen, nicht die Beifügung von Zusätzen, die zur Bezeichnung des Geschäfts dienen, verboten, indeß bilden diese letzteren niemals einen Bestandtheil der eigentlichen F. (Namur 2 No. 862). Abweichend vom H.G.B. genügt der Name eines einzigen Socius, ohne daß in diesem Fall ein auf ein Gesellschaftsverhältniß hinweisender Zusatz nöthig ist. Andererseits macht der Co. keinerlei Zugeständnisse im Interesse der Aufrechthaltung bestehender Firmen. Fällt im Verlauf der Gesellschaftsgeschäfte ein Socius fort, dessen Name in der Firma benannt war, so ist stets die Begründung einer neuen Firma erforderlich. b) Für die F. der Kommanditgesellschaft gilt dasselbe wie für die der offenen Handelsgesellschaft, mit der Maßgabe, daß sie nicht die Namen von Kommanditisten enthalten darf, art. 23, 25. c) Die Aktiengesellschaft hat keine Gesellschaftsfirma (n'existe point sous un nom social) und darf sich nicht mit dem Namen von Aktionären, sondern nur nach dem Gegenstand des Unternehmens bezeichnen. — Zu diesen Vorschriften ist neuerdings art. 64 des G. v. 24. Juli 67 getreten, welcher bestimmt, daß die Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften in allen autographirten oder gedruckten (nicht in den blos handschriftlich gefertigten) Akten, Ankündigungen, Fakturen u. dgl. ihrer sonstigen Bezeichnung den Zusatz société anonyme oder en commandite par actions und den Betrag des Grundkapitals, bezw. wenn sie à capital variable errichtet sind, diese Worte beifügen sollen. — Was die Wirksamkeit dieser Bestimmungen anlangt, so sind sie mit Ausnahme der zuletzt erwähnten, welcher die Androhung einer Geldstrafe (50—10,000 Frs.) zur Seite steht, sämmtlich leges imperfectae. Ein mittelbares Compelle derselben besteht darin, daß der Mißbrauch eines fremden Namens in der Firma gemäß code pén. 405 leicht den Thatbestand der escroquerie enthält; auch nimmt die franz. Jurisprudenz an, daß nach den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, code civ. 1382 s., der Träger eines Namens, der die widerrechtliche Führung desselben durch Andere gestattet, für die unter diesem Namen eingegangenen Engagements aufkommen muß. Bestritten ist, ob diese Haftung nur auf Grund eines ausdrücklich erklärten Einverständnisses oder schon in Folge stillschweigenden Geschehenlassens eintritt. — Die beiden zuletzt hervorgehobenen Folgen greifen auch bei dem Mißbrauch eines fremden Namens durch einen Einzelkaufmann Platz. Obwohl es im Co. an einer unserem Art. 16 entsprechenden Vorschrift fehlt, ist demnach doch auch im franz. Recht dem Einzelkaufmann verboten, mit einem ihm nicht zustehenden Personennamen zu firmiren, und zwar auch dann, wenn er ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder Erbgang erwirbt. Nicht verboten ist ihm dagegen der Zusatz et Comp. sowie die Führung einer unpersönlichen F., ebenso kann der Erwerber eines Handelsgeschäfts sich als Nachfolger des früheren Inhabers bezeichnen, ohne daß hierzu, wie bei uns, eine Einwilligung des letzteren erforderlich ist, oben S. 214. Die Nothwendigkeit einer Unterscheidung neuer von bereits vorhandenen Firmen beruht nicht sowohl auf positiven gesetzlichen Bestimmungen als auf der wesentlich durch die Jurisprudenz entwickelten Lehre von der concurrence déloyale, deren Anwendungsgebiet

Digitized by Google

übrigens weniger der Firmengebrauch als die Benutzung fremder oder zur Verwechslung geeigneter Etablissementsnamen, Waarenzeichen, Embleme u. dgl. ist. Ueber Waarenzeichen s. den folg. §. — Die Publikation ist nur für die Societätsfirmen vorgeschrieben; der in Betreff der Handelsgesellschaften zu veröffentlichende Auszug soll la raison de commerce ou la dénomination adoptée par la société enthalten, G. 24. 7. 67 art. 57.

Lediglich Reproductionen der Co. sind Italien 113, 120, 129; Spanien 266, 271, 276. — Portugal 548 fordert für die offene Handelsgesellschaft (sociedade com firma), wenn nicht alle Socien benannt sind, den Zusatz e companhia. Gleiches gilt für die dem port. Recht eigenthümliche sociedade de capital e industria, falls dieselbe, was nicht unumgänglich nöthig, eine Gesellschaftsfirma annimmt, art. 563. Bezüglich der stillen G. bestimmt art. 566, daß als stiller Gesellschafter nur derjenige betrachtet wird, dessen Name nicht in der F. benannt ist. Die Vorschrift über die Bezeichnung der Aktiengesellschaften (companhias de commercio) art. 538 ist dem Co. entnommen. — Holland 16 bezeichnet die offne Gesellschaft ebenfalls als Firmengesellschaft (vennootschap onder ene firma) und definirt sie als eine Vereinigung zweier oder mehrerer Personen zum Handelsbetrieb unter gemeinschaftlichem Namen. Indeß ist den Socien in Bezug auf die Wahl der F. keine Beschränkung auferlegt; es findet sich weder eine unserem Art. 17[1] noch eine dem Co. 21 entsprechende Bestimmung, nur wird angenommen, daß ein fremder Name nicht ohne Zustimmung des Namensträgers als F. benutzt werden dürfe, Kist I bl. 73. In der F. der Kommanditgesellschaft sollen keine Kommanditisten benannt werden, aber auch diese Regel gilt nicht ausnahmslos. Verwandelt sich ein bisher unbeschränkt haftender Socius, dessen Name in der F. enthalten war, in einen Kommanditisten, so kann mit seiner Zustimmung die bisherige F. fortgeführt werden, art. 30[2]. In Verbindung hiermit steht die allgemeine Bestimmung, daß die F. einer Handelsgesellschaft trotz einer Veränderung im Personenbestande, ja selbst nach deren Auflösung fortgeführt werden kann, falls diejenigen, deren Namen in der F. enthalten sind, ausdrücklich einwilligen. Eine unserem Art. 23 entsprechende Bestimmung kennt das holl. Recht nicht, Kist I bl. 76; Levy zu Art. 23. Bezüglich der A.gesellschaften besteht Uebereinstimmung mit dem Co., Holl. 36. Ueber die Publication s. vor. §. — Belgien tit. 9 art. 16 und 19 stimmt bezüglich der F. der offenen und der Kommanditgesellschaft ganz mit dem Co. überein. Ebenso untersagt art. 27 der A.G. die Führung einer Societäts- und insbesondere einer die Namen der Socien enthaltenden F.; abweichend vom Co. ist, daß der letzteren nicht nur eine vom Gegenstand des Unternehmens hergenommene Bezeichnung, sondern auch eine andere dénomination particulière gestattet wird; in beiden Fällen aber muß sie sich von der jeder anderen Gesellschaft erkennbar unterscheiden, widrigenfalls jedem Interessenten ein Anspruch auf Abänderung und bezw. auf Schadensersatz zusteht, art. 28. Höchst merkwürdig ist, daß sich diese Vorschrift nur bei der A.G. findet, die Jurisprudenz wird ihr wohl eine weitere Ausdehnung geben. — Die F. der Aktienkommanditgesellschaft muß den Namen eines oder mehrerer Complementäre enthalten, kann aber ebenfalls eine Sachbezeichnung oder eine dénomination particulière in die F. aufnehmen, art. 75. Die société coopérative muß immer eine Bezeichnung der letzteren Art (dénom. part.) führen, art. 86. — Die Aktien- und Cooperativgesellschaft, die Aktienkom-

Digitized by Google

manditgesellschaft, falls sie von der obigen Befugniß Gebrauch machend, den Personennamen noch eine andere Bezeichnung hinzufügt, sollen sich in allen ihren Akten, Fakturen, Ankündigungen deutlich als société anonyme, coopérative, bezw. als commandite par actions bezeichnen. Einer Angabe des Gesellschaftskapitals bedarf es nicht, hinsichtlich der A.G. ist vorgeschrieben, daß, wenn eine solche stattfindet, sie nach dem Stande der letzten Bilanz erfolgen muß. Auch diese Bestimmung ist wohl analoger Anwendung fähig. Eine Strafsanktion besteht nicht, dagegen kann derjenige, der ohne Beachtung dieser Vorschriften Namens einer der genannten Gesellschaften handelt, für die eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich haftbar gemacht werden, art. 66, 67, 83, 102, 103. — Ungarn schließt sich auch in dieser Materie wesentlich an das deutsche H.G.B. an. Abweichend ist: a) die A.G. muß sich gleich der Genossenschaft in der F. ausdrücklich als solche bezeichnen, § 14. Dagegen fehlt es an einer weiteren Vorschrift über die F. dieser Gesellschaften. b) Es fehlt an einer unserem Art. 23 entsprechenden Bestimmung, darin liegt jedoch keine materielle Verschiedenheit, da dieselbe durch den mit unserem Art. 22 übereinstimmenden § 12 entbehrlich gemacht ist. — c) die Statthaftigkeit, die Societätsfirma beim Austritt eines Gesellschafters beizubehalten, ist ausdrücklich auch für den Fall ausgesprochen, daß die Gesellschaft nur aus zwei Personen bestanden hat, § 15[3]. — d) Die Unterlassung der Firmenanmeldung zieht nicht nur die S. 243 bereits hervorgehobene Ordnungsstrafe nach sich, sondern ist auch bedeutungsvoll für die Erlangung der kaufmännischen Rechte. So lange die Eintragung nicht erfolgt ist, entbehrt der Kaufmann der im Handelsgesetz den Kaufleuten eingeräumten Rechte, wird dagegen in Bezug auf seine Verpflichtungen nach Maßgabe desselben beurtheilt, § 16[2]. e) Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Einzelkaufmannes und der Handelsgesellschaften sowie der als persönliche Gesellschafter oder als Kommanditisten bei letzteren betheiligten Personen wird von Amtswegen in das Firmenregister eingetragen, § 23; vgl. Zus. I zu § 39. Ueber die Abweichung von unserem Art. 25 s. Zus. I zum vor. §. — England. Die wenigen gesetzlichen Bestimmungen des englischen Rechts über das Firmenwesen sind in der companies act von 1862 enthalten: a) Keine Gesellschaft darf unter dem Namen einer bereits bestehenden Gesellschaft registrirt werden oder unter einer Bezeichnung, die vermöge ihrer Aehnlichkeit Täuschungen hervorzurufen geeignet ist (so nearly resembling as to be calculated to deceive), außer wenn die früher errichtete Gesellschaft sich auflöst und ihre Zustimmung hierzu ertheilt. — b) Jede Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit soll ihrer F. den Zusatz limited beifügen. — c) Die F. muß an der Außenseite eines jeden Geschäftslokals der Gesellschaft deutlich (in a conspicuous position in letters easily legible) angebracht sein, ebenso soll sie auf dem Gesellschaftssiegel und in allen von der Gesellschaft ausgehenden Ankündigungen und Urkunden vermerkt sein. Die erstgenannte Vorschrift scheint eine lex imperfecta zu sein, Zuwiderhandeln gegen die beiden anderen ist mit Geldstrafe bedroht, Comp. act sect. 8, 9, 20, 41, 42. Das Prinzip der natürlichen Firmen ist dem englischen Recht unbekannt, no one supposes that the members of a firm have necessarily the same name as a firm, daher die Uebertragbarkeit bestehender Firmen im Fall der Geschäftsveräußerung als unbedenklich betrachtet wird (oben S. 213); dagegen wird gegen den Mißbrauch fremder Namen, besonders von Kaufleuten, in der F. Schutz gewährt, Ludlow & Jenkins p. 56 s., 69.

Digitized by Google

II. Von den Entwürfen stehen W. 14, 18, 19, 113, 184, 243, desgleichen Om. 10—18, 22, 23, 84—87, 102 und Or. 13—17, 19—24, 86—89, 111 dem System des H.G.B.'s sehr nahe. Bemerkenswerth ist, daß nach allen drei Entw. eine Abweichung von dem Grundsatz der natürlichen Firmen, insoweit sie überhaupt statthaft ist, nur mit Zustimmung des Handelsgerichts stattfinden darf, daß ferner nach Or. 86 die unserer Kommanditgesellschaft entsprechende stille G. zum Unterschied von der Kollektivgesellschaft sich durch den Zusatz et Commandite kennzeichnen soll. — Im Gegensatz hierzu beschränkt sich Er. Tit. 3 Art. 4, 5, 62, 73 auf eine Wiedergabe des Co. — Pr. 19—28 unterscheidet sich von dem H.G.B. vorzugsweise dadurch, daß die Anmeldung der F. zum Handelsregister für den Einzelkaufmann nicht obligatorisch, sondern nur zur Begründung des ausschließlichen Rechts erforderlich ist. Hierzu bedarf es überdies immer der Beifügung eines unterscheidenden Zusatzes zum Namen des Firmeninhabers, auch für den, der diesen Namen zuerst als F. anmeldet. — Bereits in 1. Les. sind diese Bestimmungen im Sinn des jetzigen Textes geändert, E. I. 17—28; E. II. 14—26 stimmt wörtlich mit letzterem überein, bis auf den dort fehlenden, erst in 3. Les. eingeschalteten Art. 21 ³.

III. Die Einführungsgesetze enthalten vorwiegend transitorische Bestimmungen, nach denen die Vorschriften über die Form und die Unterscheidung der Firmen (Art. 16, 17, 18, 20, 21 ²) auf die bei Einführung des H.G.B.'s bereits bestehenden Firmen keine Anwendung finden sollen, wenn dieselben entweder bis zur Einführung des G.B.'s oder, nach einigen Gesetzen, binnen einer gewissen Frist nach Einführung desselben (3 Monat) zur Eintragung angemeldet worden sind. Z. Th. abweichend die Einführungsgesetze der Staaten, in denen bereits vor dem H.G.B. Firmenbücher bestanden, Oesterreich 52; Sachsen 6; Hamburg Uebergangsbest. 3; Frankfurt 7. Ganz abnorm ist das Coburg'sche E.G. 27, welches die Vorschriften des H.G.B.'s ohne Einschränkung auch auf diejenigen Kaufleute, die bereits vor dem Inkrafttreten desselben ihre Geschäfte begonnen hatten, für anwendbar erklärt. Die meisten Landeseinführungsgesetze rechnen die Rechtsverhältnisse, welche das Recht zum Gebrauch der Handelsfirma betreffen, zu den Handelssachen. Ebenso das G. v. 12. Juni 69; G.V.G. § 101 Nr. 3.b.

§ 41.
Waarenzeichen. [1])

I. Während die Verwendung des Kaufmannszeichens als Unterschrift nicht mehr dem geltenden Recht angehört, ist sein Gebrauch als

[1]) Literatur. Aelteres Recht: Krug, Ueber den Schutz der Waaren- und Fabrikzeichen. Darmst. u. Leipzig 1866. Klostermann, Patentgesetzgebung (das geist. Eigenth. Bd. II), Berlin 1869, S. 389 ff. — Zum Reichsgesetz: Siegfried, Reichsges. über Markenschutz, Berl. 1874 (Auszug aus den Motiven u. stenogr. Ber.). Endemann, Der Markenschutz nach dem Reichsges. in Bu 32. 1 (auch im S.A.) 1875. Meves, Das Reichsges. über Markenschutz in Bezold Gesetzg. des D. Reiches Th. III Bd. 1. H. 2, Erlangen 1875. Löbker in Hauser Ztf. f. Reichs- u. Landesrecht Bd. 4 S. 129; Weber in der § 39 Anm. 1 anges. Schrift; Thöl H.R. § 209; Stobbe Handb. III § 163; v. Völdernd. in Ende-

Digitized by Google

Waarenzeichen zu um so größerer Bedeutung gelangt. Das Waarenzeichen wird auf Waaren oder deren Verpackung gesetzt, um anzuzeigen, daß dieselben von einem bestimmten Gewerbtreibenden in Verkehr gebracht sind.[2]) Soll dieser Zweck erfüllt werden, so muß die Gesetzgebung unter gewissen Voraussetzungen ein ausschließliches Recht auf das Waarenzeichen anerkennen.[3]) Dem früheren gemeinen Recht war ein solches Recht ebenso fremd wie das Firmenrecht.[4]) Auch die Partikulargesetze schützten die eigentlichen Zeichen nur theilweise, zum Theil enthielten sie blos Bestimmungen gegen den Mißbrauch von Namen oder Firma eines Anderen als Waarenbezeichnung.[5]) Das

---

mann Handb. I S. 208 ff. — Fremdes Recht: Blanc, Traité de la contrefaçon. 4. Ed. Par. 1855. Bédarride, Comm. des lois sur les brevets d'invention. Par. 1869. Hierher gehört Tom. II p. 269 ss. und Tom. III. Braun, Nouveau traité des marques de fabrique I Brux. 1880 (darin auch Mittheilungen über die fremde Gesetzgebung). Vidari III No. 1456 ss. Ludlow & Jenkins, the law of trade marks; dazu als Anh. Bryce, the trade marks Registr. Acts. Lond. 1877. Sebastian, The law of tr. m. Lond. 1878.

[2]) Nach der Eintheilung von Homeyer fällt das Waarenzeichen in obigem Sinn unter die Ursprungszeichen, auch dann wenn es nicht von dem Erzeuger oder Verfertiger der Waare herrührt, da es auch in diesem Fall wenigstens auf die Quelle des Vertriebes hinweist. Die sonstigen Anwendungen desselben als Eigenthums- oder Besitzzeichen, als Identitätszeichen, als Zeichen für die Genehmigung gekaufter Waaren kommen hier nicht in Betracht.

[3]) In Bezug auf den Charakter dieses Rechts stehen sich im Ganzen dieselben Auffassungen gegenüber wie hinsichtlich des Urheberrechts. Homeyer, Haus- und Hofmarken S. 306 ff. erachtet den Eigenthumsbegriff für anwendbar, ebenso sprechen die französischen Gesetze und die englische Jurisprudenz von einem Eigenthum an der Marke. Die neuere französische Literatur neigt sich der in Deutschland von Stobbe vertretenen Auffassung eines Immaterialgüterrechts zu, Braun p. 64 ss. Weniger in der Sache als in der Bezeichnung (Individualrecht) weicht hiervon Gareis, Bu. 35. 185 ff. ab. Der Name ist verhältnißmäßig gleichgültig; es handelt sich um eine ausschließliche Befugniß, die als solche einen Vermögenswerth hat und die, da hierin ihre vorwiegende Bedeutung besteht, in einem allgemeinen Rechtssystem am Besten den Vermögensrechten einzureihen ist, aber da es ihr an einem körperlichen Substrat fehlt, nicht als Sachenrecht betrachtet werden kann. — In derselben Weise ist auch das Firmenrecht zu bestimmen.

[4]) Krug S. 8, 27; Z. 16. 502 (A.G. Wiesb. 70); anders Stobbe S. 54.

[5]) Eine Uebersicht über die ältere Deutsche Gesetzgebung bei Krug S. 50 ff.; Klostermann S. 393 ff. Hinzuzufügen ist das Großh. Hess. G. v. 8. Oktober 66, Z. 15. 195. Besonders erwähnenswerth ist aus der früheren Gesetzgebung die Preuß. V. v. 18. Aug. 1847 nebst dem abändernden und ergänzendem G. v. 24. April 1854, beide den Schutz der Fabrikzeichen an Eisen- und Stahlwaaren in Westfalen und der Rheinprovinz betr., ferner die Bayer. V. v. 21. Dez. 1862.

Digitized by Google

R.Str.G.B., welches später an die Stelle der partikularrechtlichen Bestimmungen trat, hat sich ebenfalls auf den Schutz von Namen und Firma beschränkt.[6]) Erst das Reichsgesetz vom 30. November 1874[7]) hat auch die figürlichen Zeichen in seinen Bereich gezogen, während in Oesterreich ein ähnliches Gesetz bereits am 7. December 1858 ergangen ist.[8])

II. Das Reichsgesetz schützt nicht blos die Waarenzeichen, sondern im Anschluß an das R.Str.G.B. auch inländische Producenten und Handeltreibende gegen die widerrechtliche Verwendung ihres Namens oder ihrer Firma als Waarenbezeichnung.[9]) Der Firmenschutz ist auf firmenberechtigte Kaufleute beschränkt[10]), der Schutz des Namens

Diese Gesetze schreiben bereits die Eintragung der Marken in ein Register (Zeichenrolle, Kataster) vor. Die Preuß. V. von 1847 ist in vielen Bestimmungen als Grundlage des Reichsgesetzes anzusehen.

[6]) R.Str.G.B. 287 entnommen aus dem Pr. Str.G.B. 269, nur war nach letzterem die Strafbarkeit dadurch bedingt, daß außer dem Namen oder der Firma auch der Wohn- oder Fabrikort eines anderen Fabrikunternehmers u. s. w. zur Bezeichnung der Waaren fälschlich benutzt war. Die Bestimmung des Preuß. Str.G.B.'s rührt aus einer V. v. 7. Juli 1840 her, Klostermann S. 395. Sowohl das Preuß. wie das R.Str.G.B. haben die älteren Vorschriften über den Schutz der eigentlichen Waarenzeichen unberührt gelassen.

[7]) Nach § 21 ist das Reichsges. am 1. Mai 1875 in Kraft getreten. Ausführungsbestimmungen des Bundesraths, publizirt durch Bekanntmachung des Reichskanzlers, v. 8. Februar 1875 (Centralblatt des D. Reichs 1875 S. 123). — Zur Entstehungsgeschichte des Reichsges. s. Löbker S. 129 ff.

[8]) Z. 2. 376; Schröder c. j. civ. 1. 296 ff. Ein G. v. 15. Juni 1865 dehnt die Bestimmungen dieses Ges. unter Voraussetzung der Gegenseitigkeit auch auf die Gewerbtreibenden fremder Staaten aus, Z. 9. 658. Beide Gesetze gelten auch in Ungarn.

[9]) Reichsges. § 13, 14. Geschützt werden Name oder Firma auch dann, wenn sie zugleich den Erfinder der Waare oder ihrer Zubereitungsmethode bezeichnen, R. 24. 78 (299 — anders nach engl. Recht, Sebastian l. c. p. 18), — aber nicht andere Bezeichnungen, z. B. nicht solche, die auf den Fabrikations- oder Erzeugungsort hinweisen (Apollinarisbrunnen), sofern ihre Verwendung nicht einen Mißbrauch der Firma in sich schließt R.civ. 1. 14 (26). Das G. schützt ferner nur den Namen und die Firma als solche, nicht eine bestimmte Schreibweise derselben R.civ. 2. 37 (140). Weiter geht in ersterer Hinsicht das österreich. G. § 6: „Niemand darf eigenmächtig den Namen, die Firma, das Wappen oder die Benennung des Etablissements eines anderen inländischen Gewerbtreibenden zur Bezeichnung von Waaren oder anderen Erzeugnissen sich aneignen;" in beiden Beziehungen viele außerdeutsche Gesetze s. Zus. I.

[10]) Es muß eine Firma im Sinne des H.G.B.'s vorliegen; so auch schon nach Art. 287 R.Str.G.B., Oppenhoff Rechtsprechung 4 S. 289; 12. S. 191, 370. Dagegen läßt sich weder aus dem Markenschutzges. noch aus dem R.Str.G.B.

Digitized by Google

erstreckt sich dagegen auch auf solche Gewerbtreibende, die sich mit dem Vertrieb selbstproducirter Waaren befassen.[11]) Inländer im Sinn des Gesetzes ist jeder Gewerbtreibende, der innerhalb des Deutschen Reiches eine gewerbliche Niederlassung zum Vertrieb der betreffenden Waaren, gleichviel ob Haupt- oder Zweigniederlassung, besitzt.[12]) Gewerbtreibende, die im Inland keine gewerbliche Niederlassung haben, werden gleich Inländern behandelt, wenn nach einer im Reichsgesetzblatt veröffentlichten Bekanntmachung der Staat, in dem sich ihre Niederlassung befindet, deutschen Namen und Firmen Schutz gewährt.[13])

III. Die eigentlichen Waarenzeichen[14]) werden in das eine besondere Abtheilung des Handelsregisters bildende Zeichenregister ein-

---

eine Beschränkung auf die in das Handelsregister eingetragenen Firmen rechtfertigen Endemann Bu. 32. 58 f.; Löbker S. 144; Meves S. 207 f., entgegengesetzt Thöl S. 617 f., unentschieden R. 24. 59 (230).

[11]) Der Schutz gegen eine mißbräuchliche Verwendung des Namens als Waarenbezeichnung wird auch den Gewerbtreibenden gewährt, die eine von ihrem bürgerlichen Namen abweichende Firma führen, Oppenhoff Kommentar zu § 287 R.Str.G.B. Thöl will auch in Bezug auf den bürgerlichen Namen nur diejenigen Gewerbtreibenden schützen, deren Firmen in das Handelsregister eingetragen sind.

[12]) Oppenhoff Rechtspr. 17 S. 586; 18 S. 172; Meves S. 167, 246. Es kommt also weder auf die Staatsangehörigkeit noch auf den Wohnsitz an. Gewerbtreibende im Sinn des Ges. können sowohl physische wie juristische Personen (Aktiengesellschaften, eingetragene Genossenschaften, Korporationen, Gemeinden, Staaten) sein.

[13]) Reichsges. § 20. Auch bezüglich der Ausländer wird kein Unterschied zwischen physischen und juristischen Personen gemacht. Die Bekanntmachung im Reichsgesetzblatt kann in einer Veröffentlichung des die Gegenseitigkeit begründenden Staatsvertrages oder in einer einseitigen Erklärung des Reichskanzlers bestehen. v. Völdernd. in Endem.'s Handb. I S. 221 f.; einzelne Fälle ebdas. Den Bekanntmachungen im Reichsgesetzblatt stehen die zur Zeit des norddeutschen Bundes im Bundesgesetzblatt ergangenen Bekanntmachungen gleich, dagegen nicht Kundmachungen, die sich lediglich auf das Zollvereinsgebiet bezogen, Meves S. 246 ff. — „Wenn im Reichs-G.Bl. bekannt gemacht ist, daß in einem bestimmten Auslande deutsche Waarenzeichen, Namen und Firmen Schutz genießen, so kann sich Niemand auf die Unkenntniß dieses Umstandes berufen." O.Tr. Berlin 79; Oppenh. Rechtspr. 20 S. 130, auch Bu. 40. 173, 174. Soweit nicht etwa nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ignorantia juris zu berücksichtigen ist.

[14]) Die eigentlichen Waarenzeichen sind stets Figuren, die willkürlich erfunden oder bildliche Darstellungen bestimmter Gegenstände ein können. Die Farbe ist kein Bestandtheil des Waarenzeichens. Sie kommt nur mittelbar in Betracht, sofern bei Nachahmungen die Wahl der Farbe einen Rückschluß auf die Absicht zu täuschen zuläßt.

Digitized by Google

getragen.[14a]) Die Eintragung erfolgt auf Anmeldung des Prinzipals oder eines Vertreters desselben.[15]) Befugt zur Anmeldung sind abgesehen von Ausländern[16]) nur Kaufleute, deren Firmen in das Handelsregister eingetragen sind[16a]) oder doch gleichzeitig mit dem Waarenzeichen zur Eintragung angemeldet werden.[17]) Es besteht keine Pflicht zur Anmeldung[18]), dagegen wird das Recht auf das Waarenzeichen erst durch die Anmeldung begründet. Eine Beschränkung in Bezug auf die Zahl der Zeichen findet nicht statt; ein und derselbe Kaufmann kann beliebig viele Waarenzeichen anmelden.[19]) Die An-

---

[14a]) Reichsges. § 1. Dazu Ausf.best. des Bundesraths § 1 und Instr. des preuß. J.Min.'s v. 22. März 75. Das Genossenschaftsregister steht, auch wo dasselbe nicht einen Theil des Handelsregisters bildet, letzterem gleich. — In Oesterreich erfolgt die Registrirung der Marken bei der Handels- und Gewerbekammer, „in deren Bezirk die Gewerbsunternehmung liegt, bei welcher davon Gebrauch gemacht werden soll", österr. G. § 9.

[15]) Der Vertreter muß zur Zeichnung der Firma befugt sein. Jedenfalls ist hiernach der Prokurist zur Anmeldung ermächtigt, ob auch der Handlungsbevollmächtigte, ist mit Rücksicht auf H.G.B. 47 im einzelnen Fall zu bestimmen. Unrichtig ist der von Völdernd. im Handb. S. 212 Anm. 13 betonte Gesichtspunkt. — Namens der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft kann die Anmeldung von jedem zur Vertretung befugten Gesellschafter bewirkt werden; für die Aktiengesellschaft und die eingetragene Genossenschaft geschieht sie durch den Vorstand.

[16]) Unten S. 280.

[16a]) Also auch eingetragene Genossenschaften; Anm. 14. a.

[17]) Reichsges. § 1. Weder das österreichische Gesetz noch irgend eine außerdeutsche Gesetzgebung kennt eine derartige Beschränkung.

[18]) Es gilt der im französ. G. an die Spitze gestellte Grundsatz: la marque de fabrique ou de commerce est facultative. Auf eine reichsrechtliche Ausnahme (Dynamitbehältnisse) macht v. Völdernd. Handb. S. 210[1] aufmerksam. Dagegen handelt es sich bei der noch jetzt geltenden Vorschrift der Preuß. Maaß- u. Gew.Ordn. v. 16. Mai 1816, nach welcher der Käufer von Gold- und Silberwaaren verlangen kann, daß dieselben mit einem den Feingehalt und den Namen des Verfertigers angebenden Stempel versehen sind, weder um eine öffentlichrechtliche Pflicht noch um ein Waarenzeichen im Sinn des Reichsges. Ebensowenig sind als ein solches zu betrachten die durch die D. Maaß- und Gew.O. vorgeschriebenen Aichungsstempel und die von Messern, Wägern, Schauern u. s. w. (Reichs-Gew.O. § 36) aufgesetzten Stempel. Derartige Bezeichnungen sind auch gemeint im österr. G. § 8: „An den bestehenden Vorschriften in Betreff der für gewisse Waaren angeordneten besonderen Bezeichnungen, insbesondere den Punzirungsvorschriften wird . . . Nichts geändert."

[19]) Und zwar auch für dieselbe Waarengattung. Es kann aber auch das gleiche Zeichen für verschiedene Waarengattungen angemeldet werden.

Digitized by Google

meldung ist, wenn der Prinzipal mehrere Handelsniederlassungen hat, nur bei dem für die Hauptniederlassung zuständigen Gericht zu bewirken[20]); im Uebrigen gelten für die Anmeldung der Waarenzeichen die für die Anmeldungen zum Handelsregister überhaupt maßgebenden Grundsätze.[21]) Speciell bestimmt ist, daß ihr eine mit der Unterschrift der Firma versehene deutliche Darstellung des Zeichens nebst einem Verzeichniß der Waarengattungen, für die dasselbe verwendet werden soll, beizufügen ist.[22])

Durch die Anmeldung wird ein ausschließliches Recht auf das Waarenzeichen begründet[23]). Spätere Anmeldungen desselben oder eines von dem bereits angemeldeten nicht deutlich unterscheidbaren Zeichens sind unwirksam[24]). Daher ist bei der Eintragung des Zeichens im Handelsregister der Zeitpunkt (Tag und Stunde) der Anmeldung

---

[20]) Ausnahme, wenn die Zweigniederlassung eine besondere Firma hat, oben S. 232[39], oder die Hauptniederlassung sich im Auslande befindet, Oppenh. 18 S. 172.

[21]) Insbesondere in Bezug auf die Beglaubigung der Anmeldung und ihrer Beilagen. Ausführungsbestimmung § 2. Anmeldungen von Analfabeten wie überhaupt von Personen, die an der Unterschrift gehindert sind, können sowohl durch Vertreter wie mittelst beglaubigter Handzeichen stattfinden, oben §. 40 Anm. 44; a. M. Reves S. 174.

[22]) Reichsges. § 2; dazu Ausführungsbest. 2. Zur deutlichen Darstellung des Zeichens gehört eine Abbildung desselben und eine Angabe über die Art seiner Verwendung. Die Abbildung ist in vier Exemplaren einzureichen, von denen eines dem Anmeldenden mit einer Bescheinigung über die erfolgte Eintragung zurückzugeben ist. Der Abbildung kann der Stock für den Abdruck der Zeichen beigefügt werden. — Nach dem österr. G. § 9, 10 bedarf es nicht sowohl einer Angabe der Waarengattungen als des Gewerbsunternehmens, zu dem die Marke gehören soll. Die Hinterlegung der Marke geschieht nur in zwei Exemplaren, eines wird mit einer Bestätigung über Tag und Stunde der Einreichung und über die Registrirung zurückgegeben, das andere wird dem Register beigelegt.

[23]) Reichsges. § 8: Das Recht . . . steht dem Inhaber derjenigen Firma, für welche zuerst die Anmeldung bewirkt ist, ausschließlich zu. — Oesterr. G. § 12: Mit dem Tag und der Stunde der Einreichung der Marke . . . beginnt für den Hinterleger das Alleinrecht zum Gebrauch der Marke und es wird danach die Priorität beurtheilt, wenn die gleiche Marke von mehreren Gewerbtreibenden . . . hinterlegt worden sein sollte.

[24]) Nicht unwirksam ist die spätere Anmeldung, wenn sie sich auf eine andere Waarengattung bezieht, da das ausschließliche Recht zum Gebrauch des Waarenzeichens nur hinsichtlich der Waarengattung begründet wird, für die die Anmeldung erfolgt. — Nicht ganz übereinstimmend österr. G. § 5: „Das Alleinrecht auf eine Marke schließt den Gebrauch derselben nur bezüglich jener Gattung von Waaren aus, zu welcher die Erzeugnisse oder die Verkehrsgegenstände des Gewerbes, für welches die geschützte Marke bestimmt ist, gehören".

Digitized by Google

zu vermerken [25]). Die gedachte Wirkung kommt aber der Anmeldung nur dann zu, wenn dieselbe formell und materiell ordnungsmäßig ist, so daß der sofortigen Eintragung kein Hinderniß entgegensteht. Bedarf sie zu diesem Behuf einer Ergänzung oder Abänderung, so tritt ihre Wirksamkeit erst mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Anstände beseitigt sind [26]). Zur Gültigkeit der Anmeldung gehört außer den bereits hervorgehobenen Erfordernissen eine geeignete Beschaffenheit des Zeichens. Nicht schutzfähig sind Zeichen, die ausschließlich aus Zahlen, Buchstaben oder Worten bestehen [27]), inländische öffentliche Wappen [28]) oder Aergerniß erregende Darstellungen enthalten [29]). — Kombinationen von figürlichen oder bildlichen Zeichen mit Zahlen, Buchstaben oder Worten sind statthaft [30]), doch wird durch ein solches Zeichen Niemand gehindert, seinen Namen oder seine Firma vollständig oder in abgekürzter Gestalt als Waarenbezeichnung zu verwenden [31]).

Kein ausschließliches Recht kann ferner an den s. g. Freizeichen erworben werden, d. h. Zeichen, die bisher im freien Gebrauch aller oder einer gewissen Klasse von Gewerbtreibenden gestanden haben [32]).

---

[25]) Reichsges. § 4: Die Zeit der Anmeldung ist bei der Eintragung zu vermerken. Nach den Ausf.best. § 1 soll das Zeichenregister eine Spalte für die Angabe von Tag und Stunde der Anmeldung enthalten.

[26]) R. 24. 23 (74).

[27]) Reichsges. § 3¹. Im Regier.-Entw. fehlte das Wort „ausschließlich". Uebereinstimmend mit dem Reichsges. österr. G. § 3.

[28]) Reichsges. § 3². Dasselbe erklärt zwar öffentliche Wappen schlechthin für unstatthaft; unzweifelhaft ist aber die Bestimmung auf inländische öffentliche Wappen zu beschränken, R. 24. 77 (294 ff.); Bu. 40. 172 (O.Tr. Berlin 78); vgl. das nicht so weit gehende R.Str.G.B. § 360 Nr. 7. Der deutsche kaiserliche Adler kann Bestandtheil eines Waarenzeichens sein, jedoch nicht in der Form eines Wappenschildes, Erlaß v. 16. März und Bekanntmachung v. 11. April 1872, Reichsges.bl. S. 90, 93. Darum ob das Waarenzeichen eine unbefugte Benutzung eines Privatwappens enthält, hat sich der Registerrichter nicht zu kümmern, ebenso wenig ist er verpflichtet, zu prüfen, ob das Waarenzeichen gegen § 360⁸ Str.G.B.'s oder gegen § 40 des Reichspatentges. verstößt. — Das österr. G. § 3 schließt „Staats- und Länderwappen" aus, womit ebenfalls nur inländische Wappen gemeint sind.

[29]) Reichsges. § 3². Das Aergerniß kann sittlicher, religiöser, politischer Natur sein. Ein Beispiel letzterer Art bei Löbker S. 142.

[30]) Bei den kombinirten Zeichen wird das ausschließliche Recht an dem Zeichen in seiner Gesammterscheinung erworben, vgl. R. 20. 91 (353); 21. 135 (410); 22. 1 (1); 22. 88 (376); R.civ. 1. 34 (74); Oppenh. Rechtspr. Bd. 18 S. 281, 781; 20 S. 200; Bu. 39. 130 (Stadtger. Breslau 78).

[31]) Reichsges. § 10¹; dazu Meves S. 199; Löbker S. 140; Bu. 39. 130 f.

[32]) Reichsges. § 10². Endemann S. 28 ff.; Meves S. 200; Löbker

Die der Eintragung voraufgehende causae cognitio des Registerrichters hat sich zwar auch auf die äußere Beschaffenheit des angemeldeten Zeichens, nicht aber darauf zu erstrecken, ob sich dasselbe als ein Eingriff in ein fremdes Markenrecht darstellt oder als ein Freizeichen von dem Markenschutz ausgeschlossen ist[33]).

Das durch die Anmeldung des Zeichens begründete Recht klebt an der Firma[34]). Dasselbe wird unter der Firma im Handelsregister

---

S. 136. Die Mot. zum Reg.-Entw. weisen auf die Zeichen hin, die Qualitäts- oder Größenverhältnisse bekunden oder die Herkunft der Waaren erkennbar machen sollen. Indeß sind dies nur Beispiele; es kommen, namentlich im Levante- und überseeischen Handel derartige Zeichen vor, ohne daß sich für ihren Gebrauch ein anderes Motiv anführen läßt als die Gewöhnung des Publikums. Die Freizeichen stehen im Gegensatz zu den individuellen Zeichen; sie müssen sich z. B. der Anmeldung im freien, d. h. allgemeinen Gebrauch aller oder einer gewissen Klasse von Gewerbtreibenden befunden haben, wozu jedoch nicht erforderlich ist, daß alle oder sämmtliche der betr. Klasse angehörigen Gewerbtreibenden das Zeichen wirklich benutzt haben. Wird ein Freizeichen in Verbindung mit anderen Zeichen oder Worten angemeldet, so „entsteht ein ausschließliches Recht nicht auf den Gebrauch des Freizeichens, sondern des damit nicht identischen allgemeinen Zeichens," d. h. des angemeldeten Zeichens in seiner Gesammterscheinung. Nicht genügend ist aber, um das ausschließliche Recht zu begründen, wenn dem Freizeichen lediglich die Benennung von Waaren derjenigen Gattung beigefügt wird, für die sich dasselbe in allgemeinem Gebrauch befunden hat. So wird ein Freizeichen der Tabaksfabrikanten nicht schon durch Beifügung einer speziellen Tabakssorte in ein individuelles Zeichen umgewandelt. Andererseits kann sehr wohl an Zeichen, die sich nur zur Bezeichnung einer bestimmten Waarengattung im allgemeinen Gebrauch befunden haben, für eine andere Waarengattung durch Anmeldung ein ausschließliches Recht begründet werden. R. 24. 77 (292); 25. 18 (68); Bu. 39. 131 f. (A.G. Köln); 40. 300 (München 76). — Das österr. G. § 3 erklärt für Freizeichen Marken, „die bei einzelnen Waarengattungen im Verkehr allgemein gebräuchlich sind." — Ueber die transitorische Bestimmung in § 9 des Reichsges. s. Zus. II.

[33]) R. 24. 25 (79 f.). Der Registerrichter hat daher auch einen etwaigen auf die Beeinträchtigung der Rechte Dritter gegründeten Einspruch gegen die Anmeldung nicht zu berücksichtigen. Im Uebrigen ist seine Stellung bei der Anmeldung der Waarenzeichen dieselbe wie bei den Anmeldungen zum Handelsregister überhaupt. Durch die Eintragung wird nur die geschehene Anmeldung beurkundet; soweit sich seine Prüfung erstreckt, hat sie doch nur die Bedeutung einer vorläufigen causae cognito, die einer anderweiten Entscheidung des Prozeßrichters nicht entgegensteht.

[34]) Vgl. österr. G. § 5: „Das Markenrecht klebt an dem Gewerbsunternehmen, für welches die Marke bestimmt ist, erlischt mit demselben und wechselt mit ihm den Besitzer." Auch das schweizer. G. gestattet die Uebertragung der Marke nur in Verbindung mit dem Geschäft, dem sie zugehört. Aehnliche Be-

Digitized by Google

eingetragen[35]; findet in Folge einer Verlegung der Handelsniederlassung eine Uebertragung der Firma in ein anderes Register statt, so muß das Zeichen mit übertragen werden[36]. Bei einer Veränderung in der Person der Firmeninhaber tritt stets auch ein Uebergang des Rechtes am Zeichen ein[37]; ebenso erlischt letzteres von selbst mit dem Firmenrecht[38]. Dies gilt selbst bei einer Aenderung der Firma, indeß kann hier durch eine besondere Anmeldung das Zeichenrecht auch für die neue Firma gewahrt werden[39].

Abgesehen von dem Erlöschen der Firma geht das Zeichenrecht durch Verzicht des Berechtigten unter. Ausdrücklicher Verzicht liegt vor, wenn vor der Eintragung die Anmeldung zurückgenommen oder nach derselben ein Antrag auf Löschung gestellt wird[40]. Einen still-

---

stimmungen anderer außerdeutscher Gesetze s. Zus. I. Die Verbindung des Waarenzeichens mit der Firma ist nach dem Reichsges. zunächst eine äußerliche; die Ausübung des Markenrechtes steht dem zu, der als Inhaber der Firma eingetragen ist, auch dann, wenn die Eintragung unberechtigter Weise erfolgt ist.

[35]) Reichsges. §. 4: Die Eintragung erfolgt unter der Firma des Anmeldenden. § 7: Für die erste Eintragung eines Zeichens wird eine Gebühr von fünfzig Mark entrichtet. Andere Eintragungen und Löschungen geschehen unentgeltlich. Nach dem österr. G. unterliegt sowohl die erste Registrirung wie die Umschreibung einer Taxe von 5 Gulden. Keines der beiden Gesetze erklärt, wie in mehreren außerdeutschen Gesetzgebungen geschieht, die vorgängige Erlegung der Gebühr für ein Erforderniß der Eintragung. In dieser Hinsicht entscheiden die für den Geschäftsgang maßgebenden Bestimmungen.

[36]) Reichsges. § 4. Es bedarf dazu eines Antrages auf Umschreibung bei dem nunmehr zuständigen Gericht. Die Umschreibung ist nicht kostenpflichtig, Reves S. 182, Formular bei Weber S. 125 f.

[37]) Und zwar ohne daß zu diesem Behuf eine Umschreibung nöthig ist. Nach österr. G. § 5 muß der Geschäftsnachfolger die Marke binnen 3 Monaten auf seinen Namen umschreiben lassen, widrigenfalls das Markenrecht erlischt. Ausnahme, wenn das Gewerbe durch die Wittwe oder einen minderjährigen Erben oder für Rechnung der Konkursmasse fortgeführt wird.

[38]) Reichsges. § 5 Nr. 4, § 12 Nr. 2. Der Schutz des Waarenzeichens steht dem eingetragenen Inhaber der Firma auch nach der Aberkennung des Firmenrechts zu, so lange die Firma nicht im Handelsregister gelöscht ist, Oppenh. Rechtspr. 18 S. 23 ff.

[39]) Reichsges. § 5 Nr. 2. Auch bei einer geringfügigen Aenderung der Firma muß die Beibehaltung des Zeichens angemeldet werden, sonst wird dasselbe von Amtswegen gelöscht. Die Aenderung der Firma wird im Zeichenregister vermerkt, Ausf.best. 4.

[40]) Reichsges. § 5 Abs. 1, § 12 Nr. 1. In Bezug auf die Befugniß zur Zurücknahme der Anmeldung wie zu dem Antrag auf Löschung gilt das oben Anm. 15 hinsichtlich der Anmeldung Bemerkte.

Digitized by Google

schweigenden Verzicht nimmt das Gesetz an, wenn die Anmeldung nicht von zehn zu zehn Jahren erneuert wird [41]).

Ist das Recht auf das Waarenzeichen erloschen, so fällt dieses ins Freie und kann von Jedermann zu dem seinigen gemacht werden [42]). Die Löschung im Zeichenregister erfolgt im Fall des ausdrücklichen Verzichts auf Antrag des Berechtigten, in den Fällen des stillschweigenden Verzichts und des Erlöschens der Firma von Amtswegen [43]). Ebenso soll die Löschung eines zu Unrecht eingetragenen Zeichens von Amtswegen erfolgen [44]); enthält dasselbe einen Eingriff in Privatrechte, so ist sie im Wege des Civilprozesses herbeizuführen [45]).

Die erste Eintragung und die Löschung des Waarenzeichens sind vom Gericht im Reichsanzeiger (Centralhandelsregister) zu veröffentlichen [46]).

Gewerbtreibende, die im Inland keine Handelsniederlassung haben, können des reichsgesetzlichen Markenschutzes theilhaftig werden, wenn seitens des Staates, in dem sich ihre Handelsniederlassung befindet, Gegenseitigkeit geübt wird. Die Anmeldung muß in diesem Fall bei dem Amtsgericht zu Leipzig erfolgen und mit der Erklärung verbunden werden, daß der Anmeldende sich in Bezug auf Klagen aus dem Markenschutzgesetz der Gerichtsbarkeit der Leipziger Gerichte unterwerfe. Das fremde Zeichen wird im Inland nur geschützt, wenn und so lange demselben in dem Staat der betreffenden Handelsniederlassung Rechtsschutz zu Theil wird. Daß die Voraussetzungen dieses Schutzes in dem

---

[41]) Reichsges. § 5 Nr. 3. Die Erneuerung der Anmeldung ist nicht kostenpflichtig. Hierin unterscheidet sich das deutsche G. von allen Gesetzgebungen, die eine wiederholte Anmeldung verlangen. Nach österr. G. ist dieselbe nicht erforderlich. — Nichtgebrauch ist kein Erlöschungsgrund, anders nach dem schweizer. Bundesges. § 10.

[42]) Außer wenn etwa die Löschung zu Unrecht erfolgt ist, in welchem Fall von Amtswegen eine Wiederherstellung der Eintragung stattfinden muß.

[43]) Reichsges. § 5, Ausf.best. 3.

[44]) Reichsges. § 5 Nr. 4. Die Bestimmung spricht nur von dem Fall, in welchem das Zeichen wegen ungeeigneter Beschaffenheit nicht hätte eingetragen werden sollen, ist aber wohl auch in anderen Fällen anwendbar, in denen die Eintragung hätte versagt werden müssen.

[45]) Das Reichsges. kennt gleich dem H.G.B. nur Eintragungen oder Löschungen. Vermerke auf Grund einstweiliger Verfügungen des Prozeßrichters, oben § 39 Anm. 34.

[46]) Reichsges. § 6; Ausf.best. 8—10; Kosten der Bekanntmachung für die Eintragung, ausschließlich der Kosten für das Schneiden des Zeichenstockes 6 Mark, für die Löschung 2 Mark. — Von dem Vollzug sowie von der Ablehnung einer Eintragung ist überdies die betr. Firma, letzteren Falles unter Angabe der Gründe zu benachrichtigen, Ausf.best. 7.

Digitized by Google

fremden Staat erfüllt sind, muß bei der Anmeldung nachgewiesen werden [47]).

IV. Der Schutz des Reichsgesetzes wird gegen Jeden gewährt, der Waaren oder deren Verpackung [48]) mit einer durch das Gesetz geschützten Bezeichnung widerrechtlich bezeichnet oder widerrechtlich bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält. [49]) Eine widerrechtliche Bezeichnung ist stets vorhanden, wenn der Name, die Firma oder das Zeichen von einem Unberechtigten verwendet werden. [50]) Aenderungen der ursprünglichen Bezeichnung, die nur mit Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können, schließen die Widerrechtlichkeit nicht aus. [51]) Ob ein solcher Fall vorliegt, ist nach der Gesammterscheinung des Zeichens und mit Rücksicht auf die Verkehrskreise zu beurtheilen, für welche das Zeichen vorwiegend bestimmt ist. [52]) — Zum Schutz gegen

[47]) Reichsges. § 20, oben Anm. 13. Ausländer sind vor den Inländern insofern bevorzugt, als ihnen der Markenschutz auch dann zugänglich ist, wenn sie in dem Staat, in dem sich ihre gewerbliche Niederlassung befindet, keinen Firmenschutz genießen, Oppenh. Rechtspr. 19 S. 332; Bu. 39 S. 130. Anmeldung nach § 20, wenn die Niederlassung aus dem Inland in das Ausland verlegt wird, Meves S. 182.

[48]) „Verpackung" umfaßt alle Arten der Umhüllung, Meves S. 168. Daher wird das Waarenzeichen auch gegen mißbräuchliche Verwendung als Etikette geschützt, Oppenh. Rechtspr. 18 S. 29; dagegen kennt das Reichsges. den in außerdeutschen Gesetzen den Etiketten als solchen gewährten Schutz nicht. Ueber den Unterschied von Etikette und Waarenzeichen R. civ. 1. 34 (74 ff.).

[49]) Reichsges. § 8, 13. „In Verkehr bringen" bezeichnet jede Thätigkeit, durch welche Waaren zum Gegenstand des Handelsverkehrs gemacht werden, reicht also viel weiter als das „Feilhalten", Oppenh. Rechtspr. 15 S. 85; 16 S. 648. — Im österr. G. § 15 wird neben der widerrechtlichen Aneignung und Nachmachung der Marke nur der Verschleiß der widerrechtlich bezeichneten Waaren genannt.

[50]) Die Einwilligung der Berechtigten zum Gebrauch von Namen, Firma oder Waarenzeichen ist regelmäßig unwirksam, daher nicht geeignet, die objektive Widerrechtlichkeit auszuschließen. Dagegen ist in solchen Fällen weder ein Strafantrag noch ein Entschädigungsanspruch des Schutzberechtigten denkbar.

[51]) Reichsges. § 18; so auch schon Preuß. G. v. 18. Aug. 47 § 14; Preuß. Str.G.B. 269; R.Str.G.B. 287. — Oesterr. G. 16: „Eine Nachahmung ist dann vorhanden, wenn die bezüglichen Marken ohne mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit nicht zu unterscheiden sind."

[52]) Hierzu R. 20. 91 (353); 21. 135 (410); 22. 1 (1); 22. 88 (376); 23. 47 (135); 24. 77 (292); R. civ. 1. 34 (74); Oppenh. Rechtspr. 18 S. 281, 781; 20 S. 200; Bu. 39. 130, 132, 255 (Stadtger. Breslau, A.G. Köln, O.H.G. Stuttg. 78). Eben weil die Waarenbezeichnungen für ein anderes Publikum bestimmt sind, bedarf es hier in der Regel augenfälligerer Unterschiede als bei der Verwendung der Firma im Sinn des H.G.B.'s, oben § 40 zu Anm. 49.

Digitized by Google

die vorgedachten Eingriffe in das Markenrecht dient eine Klage, die ebensowohl als reine Feststellungsklage (Feststellung der Nichtberechtigung des Gegners) angestrengt wie auf Untersagung der rechtswidrigen Handlungsweise[53]) bezw. Löschung des eingetragenen Zeichens[54]) gerichtet werden kann. Zur Begründung dieser Klage[54a]) ist weder Bewußtsein der Rechtswidrigkeit noch Fahrlässigkeit auf Seite des Beklagten erforderlich.[55]) Im Fall einer wissentlichen[56]) Rechtsverletzung tritt auf Antrag des Verletzten Strafverfolgung ein,[57]) auch

[53]) Nach § 13 des Reichsges. kann der Verletzte darauf klagen, daß der Gegner für nicht berechtigt erklärt werde, die Bezeichnung (Firma, Namen, Waarenzeichen) zu gebrauchen, bezw. die so bezeichneten Waaren in Verkehr zu bringen oder feil zu halten. Also dem Wortlaut nach eine reine Feststellungsklage wie in § 231 R.Civ.Pr.O. Daß aber die Klage auch auf Untersagung der widerrechtlichen Handlungsweise gerichtet werden kann, folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das Urteil kann in diesem Fall bereits eine Strafandrohung für den Fall der Uebertretung (Geldstrafe, Haft) enthalten, so schon nach gemeinem Civilprozeß, ebenso nach der D. Civ.Pr.O. 775[2]. Uebereinstimmend Thöl S. 622 f.; Stobbe III S. 56[26]; R. 24. 59 (231); a. M. Endem. S. 73; Meves S. 215; Löbler S. 419; unentschieden v. Völdernd. im Handb. I S. 223.

[54]) Reichsges. § 11. Auf die Löschung eines Freizeichens kann jeder Betheiligte klagen. Die Löschung kann alsdann auf Grund des rechtskräftigen Erkenntnisses erfolgen; R.Civ.Pr.O. 779; a. M. Meves S. 203.

[54a]) Aktiv legitimirt ist für diese Klage wie bei allen Ansprüchen, bei denen es sich um den Mißbrauch einer Firma oder eines Waarenzeichens handelt, der im Handelsregister eingetragene Inhaber der betr. Firma. Der Einwand, daß er zur Führung der Firma nicht berechtigt sei, ist unstatthaft. R. 24. 78 (299); Oppenhoff Rechtspr. 18 S. 26 oben Anm. 34, 36.

[55]) Wissentlicher Mißbrauch eines fremden Waarenzeichens liegt nur vor, wenn der Thäter wußte, daß dasselbe durch Eintragung oder Anmeldung geschützt ist. Meves S. 219, Oppenh. Rechtspr. Bd. 20 S. 105. Vgl. oben Anm. 13. Unterschied zwischen dem in § 14 des Markenschutzges. und in § 287 R.Str.G.B. erforderten Thatbestand Oppenh. 17 S. 129.

[56]) Nach österr. Ges. § 15—18 findet die Strafverfolgung ebenfalls nur im Fall einer wissentlichen Rechtsverletzung statt. Objektive Widerrechtlichkeit begründet eine Untersagungsklage und den Anspruch auf Unbrauchbarmachung der ausschließlich oder vorzugsweise zur Nachahmung dienenden Werkzeuge und Vorrichtungen. Hinsichtlich der Voraussetzungen des Entschädigungsanspruches wird auf das bürgerliche Recht verwiesen.

[57]) Reichsges. S. 14: Geldstrafe von 150 bis 3000 Mark oder Gefängniß bis zu 6 Monaten. Stellung des Strafantrages durch einen Generalbevollmächtigten, Oppenh. 20 S. 130. — Auch nach österr. G. § 18—20, 24 tritt die Strafverfolgung nur auf Antrag ein. Geldstrafe von 25 bis 100 Fl., ev. Arrest. Bei einem Rückfall kann die Strafe verdoppelt werden. Bei erneuertem Rückfall ist neben der Geldstrafe Arrest von einer Woche bis 3 Monaten zu verhängen.

Digitized by Google

steht ihm in diesem Fall ein Anspruch auf Schadensersatz [58]) oder statt desselben auf eine Buße bis zu fünftausend Mark zu [59]) und er hat außerdem das Recht, die Beseitigung der widerrechtlich angebrachten Zeichen an den im Besitz des Verklagten befindlichen Waaren, eventuell die Vernichtung der Waaren selbst zu fordern. [60]) Bei einer Verurtheilung im Strafverfahren ist dem Verletzten die Befugniß zur Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Verurtheilten zuzusprechen [61]) [62])

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebungen (Oesterreich ist oben in den Noten berücksichtigt). 1) Frankreich. Aelteres Recht: Blanc Traité de la contrefaçon 4 Ed. p. 744 ss.; Bédarr. brevets 2 No. 407 ss.; auch Krug S. 41 ff. Das geltende Recht beruht vorzugsweise auf dem G. v. 23. Juni 1857 (Z. 1. 285 ff.). Dasselbe schützt Waaren- und Fabrikbezeichnungen in weitestem Umfang, nicht nur die eigentlichen Handels- und Fabrikzeichen, sondern auch les noms sous une forme

---

[58]) Reichsges. § 14, 16. Die in letzterer Bestimmung angeordnete freie Würdigung bezüglich der Existenz und der Höhe des Schadens folgt gegenwärtig aus § 260 R.Civ.Pr.O., oben § 40 Anm. 60, 61.

[59]) Reichsges. § 15.

[60]) Reichsges. § 17 [1]. Auf Vernichtung der Zeichen, bezw. der widerrechtlich gezeichneten Waaren kann sowohl im Civil- wie im Strafverfahren erkannt werden, R. 24. 59 (234).

[61]) Reichsges. § 17 [2]. Die Art der Bekanntmachung sowie die Frist derselben ist im Urtheil zu bestimmen. Aehnlich österr. G. § 21. — Gemäß § 40, 42 R.Str.G.B. kann im Strafverfahren auch die Einziehung der zur widerrechtlichen Herstellung der Waarenbezeichnungen dienenden Werkzeuge oder Vorrichtungen ausgesprochen werden, sofern sie dem Thäter oder einem Theilnehmer gehören.

[62]) Wo in den §§ 14—17 des Reichsges. vom Verletzten oder Beschädigten gesprochen wird, ist immer der Gewerbtreibende gemeint, dessen Name, Firma oder Waarenzeichen widerrechtlich verändert ist, nicht der getäuschte Abnehmer der widerrechtlich gezeichneten Waaren, Meves S. 220. (Anders nach dem schweizer. Bundesges. Art. 20 [1]). Letzterem gegenüber enthält der wissentliche Vertrieb widerrechtlich gezeichneter Waaren regelmäßig den Thatbestand des Betrugs, Oppenh. Rechtspr. Bd. 18 S. 243; auch steht ihm in solchem Fall unzweifelhaft ein Entschädigungsanspruch zu. Ob auch dann, wenn die Widerrechtlichkeit keine wissentliche war, ist nach dem Inhalt des betr. Vertrages zu beurteilen. (Nach der engl. trade marks act von 1862 sect. 19 enthält jeder Verkauf einer mit einer Handelsmarke gezeichneten Waare ein stillschweigendes Garantieversprechen des Verkäufers dafür, daß die Marke genuine and true and not wrongfully used ist. — Der Ausschluß dieser Haftung muß schriftlich verabredet sein.) — Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auf Grund des Markenschutzges. gelten im Sinn der Reichs- und Landesgesetze als Handelssachen, § 19, oben S. 69 [10] und gehören nach § 101 Nr. 3. c des G.V.G.'s vor die Kammern für Handelssachen. — Das österr. G. § 23 ff. verweist sowohl die Civilklagen mit Ausnahme des Entschädigungsanspruches,

Digitized by Google

distinctive, les dénominations, emblèmes in den verschiedensten Arten der Anbringung. Die Annahme einer Marke ist in der Regel fakultativ, ausnahmsweise kann durch eine vom Staatsrath genehmigte Anordnung der Verwaltungsbehörden (Bédarride brevets III No. 816) in Bezug auf gewisse Waarengattungen eine dahin gehende Verpflichtung auferlegt worden. Das Markenrecht, im Gesetz ausdrücklich als droit de propriété bezeichnet, wird durch Hinterlegung in der Kanzlei des zuständigen Handelsgerichts begründet. Für fremde Handelsmarken ist das Handelsgericht des Seine-Departements zuständig. Hinterlegungsgebühr 1 Frank, dazu kommen Stempel- und Registergebühren. Die Einlegung wirkt auf 15 Jahre, kann aber immer wieder erneuert werden. Schutzmittel sind Strafbestimmungen und Civilklagen, außerdem dient als Sicherungsmittel eine mit Ermächtigung des Gerichtsvorstandes zu bewirkende Inventarisirung und Beschlagnahme der widerrechtlich gezeichneten Waaren. In Bezug auf die Straffolgen enthält das G. detaillirte Vorschriften, sie sind, abgesehen von der Unterlassung des Aufsetzens eines obligatorischen Zeichens, zweifach abgestuft: für das Nachmachen (contrefaçon) und das Nachahmen (fraudulose Annahme eines zu Täuschungen geeigneten ähnlichen Zeichens). In beiden Fällen ist der Nachbildung der Gebrauch der nachgebildeten Zeichen und das wissentliche Verkaufen, Feilhalten, in Verkehr Bringen der widerrechtlich gezeichneten Waaren gleich gestellt. Die Strafen sind hoch ansteigende Geld- und Gefängnißstrafen, die neben einander, aber auch allein verfügt werden können. Außerdem kann zeitweiliger Verlust des Rechtes auf gewerbliche Ehrenämter ausgesprochen und auf Veröffentlichung des Urteils erkannt werden. In das richterliche Ermessen ist es ferner gestellt, die Konfiskation der widerrechtlich gezeichneten Waaren sowie der zur Zeichnung dienlichen Werkzeuge und Geräthe, und zwar selbst im Fall einer Freisprechung anzuordnen; die Waaren können dem Eigenthümer der Marke in Anrechnung auf die ihm zustehende Entschädigung überwiesen werden. Jedenfalls soll die Vernichtung der unzulässigen Marken verfügt werden. — Neben den ausführlichen Strafvorschriften fehlt es fast ganz an Bestimmungen über die Civilklagen, die hierfür maßgebenden Grundsätze sind aus dem Code civ. zu entnehmen. Zuständig sind für privatrechtliche Ansprüche die Civilgerichte; kommt im Strafverfahren das Recht an der Handelsmarke in Frage, so soll der Civilrichter sich auch hierüber schlüssig machen. — Eine Ergänzung des vorstehenden Gesetzes ist das G. v. 26. November 1873 (Z. 21. 152), welches den Gewerbtreibenden die Möglichkeit gewährt, die Echtheit ihrer Marken durch amtliche Stempelung gegen eine dem Werth der Waaren entsprechende Gebühr beglaubigen zu lassen. Außerdem erweitert dasselbe den Schutz ausländischer

---

wie die Untersuchung und Bestrafung der hierher gehörigen Uebertretungen vor die politischen Verwaltungsbehörden erster Instanz. Wenn es sich um die Vergleichung zweier Marken handelt, muß die Behörde einen Befund durch Sachverständige veranlassen, der nur wegen Bedenken gegen die Person der Sachverständigen oder wegen Formgebrechen angefochten werden kann. Als Sicherungsmittel kennt das österr. G. § 26 die Beschlagnahme oder Verwahrung der widerrechtlich gezeichneten Waaren, die auf Vorweisung des im Besitz des Berechtigten befindlichen Markenexemplars (oben Anm. 22), allenfalls gegen Kautionsleistung verfügt werden muß. Bei uns kommen in dieser Hinsicht die allgemeinen Grundsätze über einstweilige Verfügungen (C.Pr.O. 814 ff.) zur Anwendung.

Digitized by Google

Handelsmarken; nach dem G. von 1857 wurde dieser nur auf Grund von Staatsverträgen gewährt, gegenwärtig genügt es, wenn durch die Gesetzgebung des Auslandes den französischen Handelsmarken Gegenseitigkeit gesichert ist. — Außer diesen beiden Gesetzen gehört mittelbar noch das G. v. 24. Juli 1824 (Bédarr. 2 p. 282) hierher, welches den, der Waaren mit dem Namen oder der Firma eines falschen Fabrikanten oder mit einem falschen Fabrikationsort bezeichnet, ebenso jeden, der solche Waaren wissentlich feilhält oder in Verkehr bringt, der Bestrafung nach art. 423 Code pen. unterwirft und zu Schadensersatz verpflichtet. — 2) Belgien. G. v. 1. April 1879, Preuß. H.Arch. 1879 II S. 368. Als Marke gilt jedes Zeichen, welches dazu bestimmt ist, die Erzeugnisse einer Industrie oder die Gegenstände eines Handelsbetriebs zu kennzeichnen, auch die besondere Gestalt des Personennamens, deren sich der Gewerbetreibende im Verkehr bedient, ebenso die Gesellschaftsfirma. Das Markenrecht (l'usage exclusif de la marque, der Ausdruck propriété ist vermieden) wird durch Niederlegung eines dreifachen Exemplars der Marke nebst Cliché bei dem zuständigen Handelsgericht begründet; die registrirte Marke wird in einem vom Minister des Innern herausgegebenen recueil veröffentlicht. Sie kann nur mit dem Gewerbsunternehmen, zu welchem sie gehört, übertragen werden; die Uebertragung muß, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, ebenfalls registrirt und veröffentlicht werden. Gebühr für die erste Hinterlegung wie für den Vermerk der Uebertragung 10 Frs., einer erneuerten Einlegung nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes bedarf es nicht. Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Strafsätze sind milder als im französischen Recht; ein Unterschied zwischen contrefaçon und Nachahmung wird nicht gemacht, Ehrenstrafen finden nicht statt, desgleichen nicht Konfiskation im Fall der Freisprechung. Für die Civilklagen sind die Handelsgerichte zuständig. Eine Civilklage, deren das G. ausdrücklich gedenkt, ist die jedem Interessenten zustehende Klage auf Nichtigkeitserklärung einer zu Unrecht registrirten Marke; die Nichtigkeit wird, wenn rechtskräftig ausgesprochen, im Markenregister vermerkt. Ausländer werden auf Grund internationaler Verträge geschützt, die Einlegung ihrer Marken geschieht bei dem Brüsseler Handelsgericht. — 3) Italien. G. v. 30. August 1868 (Z. 14. 376), schlecht redigirt, dazu k. Ausf.verordnung v. 16. Nov. 1869 (Mittheilungen daraus bei Vidari 3 No. 1456 ss.). Die Marke soll den Ursprungsort, die Person des Berechtigten (Name oder Firma) und die Fabrik oder das Etablissement, aus dem die Waaren hervorgegangen, deutlich erkennen lassen. Sie muß sich von allen bereits in rechtmäßigem Gebrauch befindlichen Zeichen unterscheiden und darf nicht den Namen oder die Firma eines anderen Gewerbtreibenden, desgleichen nicht Namen, Wappen, Embleme in- oder ausländischer Korporationen und Vereine enthalten. Das Recht an der Marke beruht auf einem complicirten Eintragungssystem: Hinterlegung bei den Präfekturen, Bekanntmachung in der Staatszeitung, Eintragung in dem vom Museo industriale in Turin geführten Register, demnächst Aufbewahrung der hinterlegten Marken bei einer Präfektur oder Handelskammer, woselbst sie allgemeiner Kenntniß zugänglich sind. Das Recht an der Marke ist von unbeschränkter Dauer. Gebühr für die Hinterlegung 40 Lire, wenn der Geschäftsnachfolger die bisherigen Marken beibehalten will, 2 Lire. Die Civilklagen gehören vor die ordentlichen Gerichte, die Strafverfolgung ist nicht von einem Antrag der Verletzten abhängig. Zu den strafbaren Eingriffen in das Markenrecht gehört auch die Beseitigung der von dem

Digitized by Google

Erzeuger oder Verfertiger herrührenden Marken seitens des Kaufmannes, der mit den gezeichneten Waaren Handel treibt. — 4) Spanien. Decret v. 20. Nov. 1850 (in engl. Uebersetzung bei Ludlow & Jenkins p. 113, Auszug bei Braun p. 711). Die Marken werden den Provinzialgouverneuren eingereicht und von ihnen dem Handelsminister übersandt, die Aufbewahrung erfolgt bei dem conservatorio de artes in Madrid. Bekanntmachung in der Staatszeitung. Hinterlegungsgebühr 100 Realen; die Dauer des Schutzes ist unbegränzt. Nicht geschützt werden inländische öffentliche Wappen, Insignien, Dekorationen. Verletzung des Markenschutzes begründet einen Anspruch auf Schadensersatz und außerdem eine auf Antrag eintretende Strafverfolgung. — In Portugal fehlt ein Markenschutzges., Strafbestimmungen scheinen im Str.G.B. enthalten zu sein. — 5) Holland. G. 25. Mai 1880 (D. Handels-Arch. 1880 S. 305 ff.) Dasselbe beruht auf einer Verbindung des Anmelde- mit dem Aufgebotssystem. Die zu schützende Marke ist in zwei Exemplaren dem Gerichtsschreiber des zuständigen Bezirksgerichtes zu überreichen und wird in einem von diesem geführten Register vorgemerkt. Demnächst wird ein Exemplar dem Justizminister überschickt, der eine Bekanntmachung im Staatskourant veranlaßt, gleichzeitig muß der Implorant eine Bekanntmachung in einer Zeitung seines Wohnortes bewirken. An die Bekanntmachung im Staatskourant knüpft sich eine sechsmonatliche Einspruchsfrist für alle diejenigen, die ein Recht auf die angemeldete Marke, bezw. ein Untersagungsrecht dem Anmeldenden gegenüber behaupten. Ebenso kann innerhalb derselben Frist das öffentliche Ministerium wegen ungeeigneter Beschaffenheit des Zeichens, die in denselben Fällen wie bei uns angenommen wird, gegen die Registrirung Einspruch erheben. Wird kein Einspruch erhoben oder der erhobene rechtskräftig zurückgewiesen, so findet die definitive Eintragung in dem von dem Gerichtsschreiber des Bezirksgerichts und in einem vom Justizdepartement geführten Register statt. Die definitiven Eintragungen werden allmonatlich im Staatskourant publicirt und sind Dritten gegenüber erst von dieser Bekanntmachung an wirksam, während die Entstehung des Rechts auf den Zeitpunkt der Vormerkung zurückdatirt wird. Die Eintragung wirkt auf 15 Jahre, nach deren Ablauf Erneuerung erforderlich ist. Die Gebühr für die erste Einlegung der Marke beträgt zehn, für die Erneuerung fünf Gulden. Straffolgen bei Verletzung des Markenrechts sind Geld- und Gefängnißstrafen, außerdem Konfiskation der widerrechtlich gezeichneten Waaren, falls sie dem Verurtheilten gehören. Auf Publikation des Urtheils und auf Vernichtung der widerrechtlich angebrachten Marken kann erkannt werden, Ein Unterschied zwischen In- und Ausländern wird nicht gemacht, Personen, die ihren Wohnsitz im Ausland oder in den Kolonien haben, müssen die Anmeldung bei dem Bezirksgericht in Amsterdam bewirken. — 6) In England schützte die Merchandise Marks Act 1862 (25 & 26 Vict. c. 88) Waarenbezeichnungen in weitestem Umfang, ohne eine Registrirung zu fordern. Dieses Gesetz gilt auch noch gegenwärtig in Bezug auf den Inhalt des Rechtsschutzes. Verletzung des Markenrechts wird nach demselben als misdemeanour bestraft und begründet Anspruch auf Schadensersatz. Dagegen sind die Voraussetzungen, unter denen der Schutz gewährt wird, durch die Trade Marks Registration Act 1875 (28 & 39 Vict. c. 91), Z. 22. 166 ff., geändert.*) Eine Civil- oder Kriminalklage wegen

*) Die Trade Marks Registation Amendment Act 1876 (39 & 40 Vict.

Digitized by Google

Verletzung des Markenschutzes findet gegenwärtig nur statt, wenn die Marke registrirt ist. Es besteht ein Register für das ganze Königreich, welches von einem Registrator unter Aufsicht der Commissioners of Patents geführt wird und gegen Entrichtung einer Gebühr von Jedermann eingesehen werden kann. In dasselbe werden die Marken nach Waarenklassen gesondert eingetragen. Eintragungsfähig sind die besondere Gestalt des Namens oder der Firma (als solche gilt auch die Unterschrift oder ein Facsimile derselben), Devisen, figürliche Zeichen. Zurückzuweisen sind Zeichen, die den für dieselbe Güterklasse eingetragenen täuschend ähnlich sind (so nearly resembling as to be caculated to deceive), ferner objektiv ungeeignete Zeichen. In letzterer Hinsicht stimmt das englische Recht, abgesehen von der Statthaftigkeit des Namens und der Firma, gegenwärtig mit dem unsrigen überein. Insbesondere wird die Eintragung versagt Aergerniß erregenden Darstellungen, inländischen öffentlichen Wappen, Zeichen, die blos aus Zahlen, Buchstaben, Wörtern bestehen. Die angemeldete Marke wird in einem amtlichen Blatt (the trade marks journal) bekannt gemacht, um Gelegenheit zu etwaigen Einsprachen zu geben. Ueber dieselben entscheidet das Kanzleigericht (court of chancery). Treten binnen 3 Monaten keine Einsprüche hervor, so erfolgt die definitive Eintragung, deren Wirkung auf den Zeitpunkt der Anmeldung zurückdatirt wird. In dem Register werden auch die Uebertragungen des Markenrechts vermerkt, dieselben sind nur in Verbindung mit dem goodwill bezüglich derjenigen Waaren, für welche die Marke eingetragen ist, statthaft. Der Schutz dauert 14 Jahr; nach deren Ablauf ist Erneuerung nothwendig. Durch die Eintragung wird eine Präsumtion (prima facie evidence) zu Gunsten des ausschließlichen Rechts an den Marken begründet, die sich nach Ablauf von 5 Jahren zu einer praesumtio juris et de jure (conclusive evidence) steigert. Für die Anmeldung und Eintragung sind je 1 £, für die Erneuerung 2 £ an Gebühren zu entrichten. Bei gleichzeitiger Anmeldung mehrerer Marken oder derselben Marke für verschiedene Waarenklassen findet eine Erhöhung (keine Vervielfältigung) der Gebühren statt. Für die Marken der Messerschmiedezunft zu Sheffield und an Baumwollwaaren (cotton goods) gelten besondere Bestimmungen. Ausländer werden nach engl. Recht ohne Rücksicht auf Gegenseitigkeit gleich Inländern behandelt. — 7) Wesentlich an das Deutsche Ges. schließen sich an das Schweizerische Bundesgesetz vom 19. Dezember 1879 (Deutsches H.-Arch. 1880 S. 143), dazu Vollzugsverordn. v. 2. Sept. 1880 (ebendas. S. 493) und das dänische Ges. vom 2. Juli 1880 (a. a. O. S. 189). — Als in Europa geltende Markenschutzges. sind ferner zu erwähnen ein Rumänisches Ges. v. 14./26. April 1879 (Pr. H.-Arch. 1879 I S. 594) und eine Türkische V. v. 1871. In Rußland, ebenso in Schweden und Norwegen enthalten die Str.G.Bücher Vorschriften gegen die Fälschung von Fabrikmarken und Waarenzeichen. (Braun p. 738 ff.) — 8) Auch in den mittel- und südamerikanischen Staaten sind verschiedene Markenschutzgesetze ergangen. In den Vereinigten Staaten ist die hierher gehörige Kongreßakte vom 8. Juli 1870 durch das Bundesgericht für

---

c. 33), Z. 23 Beil. 167, hat den ursprünglich auf den 1. Juli 1876 festgesetzten Geltungsbeginn des G. um ein Jahr hinausgeschoben. Eine wichtige Ergänzung desselben sind die im August 1866 publicirten Rules, eine vom Lordkanzler erlassene Ausführungsverordnung, die aber nicht blos Ausführungsbestimmungen im unserem Sinn enthält.

Digitized by Google

inkonstitutionell erklärt worden; gleichwohl werden die Handelsmarken nach wie vor bei dem patent office in Washington eingetragen, ihre Schutzberechtigung wird aus dem gemeinen Recht hergeleitet (Centr.-Hand.-Reg. v. 1880 Nr. 8).

II. Während § 287 des R.Str.G.B.'s nur die Bestimmungen der Landesgesetze beseitigt hat, die den Schutz von Namen und Firmen betrafen, dagegen die Bestimmungen zum Schutz der eigentlichen Waarenzeichen unberührt gelassen hat, ist das Markenschutzgesetz auch an die Stelle der letzteren getreten, so daß gegenwärtig ein Schutz von Waarenbezeichnungen überhaupt nur noch auf Grund des Reichsgesetzes gewährt wird. Uebergangsbestimmungen enthält letzteres in den §§ 3[1], 7[1,2] zu Gunsten der Zeichen, die entweder landesgesetzlich geschützt waren oder bis zum Beginn des Jahres 1875 allgemein als Kennzeichen der Waaren eines bestimmten Gewerbtreibenden gegolten haben. Nach § 3[1] soll solchen Zeichen die Eintragung auch dann nicht versagt werden, wenn ihre äußere Beschaffenheit nicht den Vorschriften des Reichsgesetzes entspricht; nach § 7 ist die Eintragung eines landesgesetzlich geschützten Zeichens stets gebührenfrei; von den Gebühren für die Eintragung der Zeichen, die bis zum 1. Januar 1875 allgemein als Kennzeichen der Waaren bestimmter Gewerbtreibender gegolten haben, kann durch die Landesregierungen entbunden werden. Nach § 9 kann auf die vorgedachten Zeichen „durch die Anmeldung außer den gesetzlich geschützten oder im Verkehr allgemein anerkannten Inhabern Niemand ein Recht erwerben, sofern diese vor dem 1. Oktober 1875 die Anmeldung bewirken." — Zur Erläuterung dieser Bestimmungen ist zu bemerken: a) Landesgesetzlich geschützte Zeichen sind diejenigen, hinsichtlich deren, bis zum Inkrafttreten des Reichsgesetzes (1. Mai 1875) in einem Gebiet des deutschen Reiches den durch die dort geltenden Landesgesetze vorgeschriebenen Erfordernissen für den Erwerb des Markenschutzes genügt war. b) Unter den Zeichen, die bis zum 1. Januar 1875 allgemein als Kennzeichen der Waaren eines bestimmten Gewerbtreibenden gegolten haben, sind diejenigen zu verstehen, die bis zum gedachten Zeitpunkt von dem Inhaber als Individualzeichen geführt und nach der Meinung des betheiligten Publikums als solche betrachtet worden sind. Nicht ausgeschlossen ist, daß die betr. Zeichen in der gedachten Weise von mehreren Gewerbtreibenden benutzt worden sind, dagegen gehören nicht hierher die Freizeichen, die sich bis zur Einführung des Reichsgesetzes im freien Gebrauch ganzer Klassen von Gewerbtreibenden befunden haben (oben zu Anm. 32). c) Auf Ausländer sind die vorgedachten Bestimmungen anwendbar, wenn ihre Zeichen entweder im Inland landesgesetzlich geschützt waren oder bis zum 1. Januar 1875 in einem Verkehrsgebiet des Inlandes allgemein als Kennzeichen der Waaren eines bestimmten Gewerbtreibenden gegolten haben. Nicht erforderlich ist, daß die mit dem Zeichen versehenen Waaren auch zum Absatz im Inland bestimmt gewesen sind. d) Die Exemtion dieser Zeichen tritt nur dann ein, wenn dieselben vor dem 1. Oktober 1875 (bis zum 30. Sept. Nachts 12 Uhr) zum Handelsregister angemeldet sind. Später angemeldete Zeichen sind weder in Bezug auf ihre äußere Beschaffenheit noch hinsichtlich der Gebühren bevorrechtigt (übereinstimmend Thöl S. 619; a. M. Meves S. 197). Ebenso cessirt der Grundsatz des § 8, daß die erste Anmeldung ein ausschließliches Recht auf das Zeichen begründet, nur zu Gunsten der vor dem 1. Oktober 1875 angemeldeten Zeichen. Die Anmeldung muß den Vorschriften des Reichsges. entsprechend bewirkt sein, setzt daher bei Inländern voraus, daß die Firma in das Handelsregister ein-

Digitized by Google

getragen war oder zugleich mit dem Waarenzeichen zur Eintragung angemeldet worden ist, während sie bei Ausländern gemäß § 20 des Reichsges. erfolgt sein muß. Hieraus folgt zugleich, daß alle Zeichen, die von anderen Personen als firmenberechtigten Kaufleuten zur Kennzeichnung ihrer Erzeugnisse geführt wurden, sofern es sich um Inländer handelt, durch das Reichsges. schlechthin schutzlos geworden sind, auch dann, wenn sie früher landesgesetzlich geschützt waren. e) Die bisher nur landesgesetzlich geschützten Zeichen haben durch die Anmeldung Rechtsschutz im ganzen Deutschen Reich erlangt. Abgesehen hiervon aber soll durch die erörterten Uebergangsbestimmungen des Reichsges. nur die Möglichkeit gewährt werden, den Besitzstand (status quo) in Bezug auf die Zeichenführung, wie er zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsges., bezw. am 1. Januar 1875 begründet war, aufrecht zu erhalten. Haben daher vor dem 1. Oktober 1875 mehrere Personen dasselbe Zeichen angemeldet, weil sie entweder landesgesetzlich bezüglich desselben geschützt waren oder weil das Zeichen bis zum Beginn des Jahres 1875 im Verkehr allgemein als Kennzeichen ihrer Waaren gegolten hat, so steht jedem der Anmeldenden das Recht auf das Zeichen zu, sie haben zwar gegenüber Dritten, nicht aber gegen einander ein Ausschließungsrecht. Der bisherige Besitzstand hat indeß nur dann Anspruch auf Aufrechthaltung, wenn er ein redlicher, fehlerloser war. Wenn Jemand bis zum 1. Januar 1875 die Marke eines anderen Gewerbtreibenden zur Kennzeichnung seiner Waaren benutzt hat, so begründet die vor dem 1. Oktober 1875 bewirkte Anmeldung, wenngleich auf dieselbe die Eintragung erfolgt ist, für ihn kein ausschließliches Recht auf das Zeichen.

Aus der Rechtsprechung vgl. zu vorstehenden Bemerkungen R. 20. 91 (365). 22. 88 (376); 24. 23 (74); 24. 25 (78); 24. 57 (220); 24. 78 (298); Bu. 37. 337 (H.G. Tübingen 76); 39. 129, 255 (A.G. Köln, Ob.H.G. Stuttg. 78).

§ 42.
Handelsbücher.[1])

I. Die Pflicht einer kaufmännisch geordneten Rechnungsführung oder, wie dieselbe von ihrem Hauptbestandtheil genannt wird, der Buchführung, besteht für alle Kaufleute mit Ausnahme der Kauf-

[1]) Literatur (außer den Kommentaren zum H.G.B.): Martens, Heise § 39—41; Endemann H.R. § 22; v. Völdernd. in Endem. Handb. I § 60—63; Wetzell Civ.proc. § 24; Renaud Civ.proc.recht § 119, 120, 125, 212; Endem. Beweislehre § 75; Brinckmann im Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 33 S. 73 (über Er.); Goldschmidt in Ztschr. f. krit. Rechtswiss. Bd. 4 S. 123 (über Pr.); Abhandlungen von Anschütz: Z. 1. 209 (Beweiskraft des Kopierbuches); Endemann: Z. 2. 329; 5. 389; Busch: Bu. 1. 34 (Beweiskraft); Reyßner: Bu. 2. 301 (Beweiskraft nach dem H.G.B. und den L.gesetzen); v. Krämel: Bu. 3. 167 (Handelsbücher oder Handlungsbücher); Swoboda: Centralorg. N. F. Bd. 7 S. 389. — Weitere Angaben in den folg. Anmerkungen; ältere Liter. bei Martens, Heise und Wetzell. Aus der fremden Literatur sind zu erwähnen: Pard. I No. 85—90, 257—61; Bédarr. I No. 196 ss.; Massé IV No. 2468; Lyon I No. 202 ss.; Namur I No. 198; Holtius I bl. 72 s.; de Wal I bl. 61; Kist I bl. 82; Vidari I No. 202.

Digitized by Google

leute minderen Rechts.[2]) Sie umfaßt folgende Obliegenheiten: 1) Errichtung eines Inventars und einer Bilanz bei der Etablirung;[3]) 2) Führung von Handelsbüchern während der Dauer des Geschäftsbetriebs;[4]) 3) jährliche Erneuerung der Inventur und der Bilanz.[5]) Bei umfangreichen Waarenlagern ist eine Inventur in zweijährigen Zwischenräumen gestattet.[6]) — Hierzu tritt 4) eine zehnjährige Aufbewahrungspflicht in Betreff sämmtlicher vorgedachten Aufzeichnungen, sowie der an den Kaufmann gelangenden Handelsbriefe.[7]) Hinsichtlich der Handelsbücher wird diese Frist vom Tage der letzten in dieselben bewirkten Eintragung an gerechnet.[8])

II. Form der Aufzeichnungen: 1) Dieselben sollen in einer lebenden Sprache und mit den Schriftzeichen einer solchen gemacht werden.[9])

---

[2]) Oben S. 193.

[3]) Art. 29 [1].

[4]) Art. 28 [1].

[5]) Der Einzelkaufmann muß Inventar und Bilanz vor Ablauf des Jahres, d. h. des Geschäftsjahres aufstellen. Ob bei verspäteter Aufstellung Entschuldigungsgründe vorliegen, ist von Fall zu Fall zu prüfen, Rst. 2. 11 (30). — Frist für die Aufstellung der Bilanz der Kommanditaktiengesellschaften, Aktiengesellschaften, Genossenschaften Art. 185, 239, Genossensch.ges. § 26, auch österr. Genossensch.ges. § 22.

[6]) Der Nachlaß zweijähriger Inventur findet sich in Pr. noch nicht, wohl aber in den österr. Entwürfen Om. 54, Or. 58 und demnächst auch bereits in E. I 30, vgl. Prot. S. 46 ff. Auswärtige Gesetzgebungen Zus. I. Die Ordonn. du comm. tit. 3 art. 8 forderte überhaupt nur zweijährige Inventuren. — Die obige Ausnahmebestimmung dispensirt nicht von der jährlichen Bilanzziehung und ist auch in Betreff des Inventars nur auf das Waarenlager, nicht auf die sonstigen Vermögensbestandtheile zu beziehen. Oppenhoff Rechtspr. 16 S. 546; Rst. 1. 198 (421).

[7]) Zu den Handelsbriefen gehören auch Telegramme, wie auch die Kopien der abgesandten Telegramme in das Kopierbuch einzutragen sind. (Ausdrücklich bestimmt Ital. 16. 24; Belgien 1. 16). Dagegen besteht in Betreff sonstiger Belege keine Aufbewahrungspflicht. Ein dahin gehender Zusatz in 1. Les. beschlossen, ist in 2. Les. wiederum gestrichen worden, Prot. 49, 936, v. Bölbernd. Komm. S. 248.

[8]) Art. 33. Die Aufbewahrungspflicht erlischt nicht, wenn der Prinzipal aufhört, Kaufmann zu sein und geht bei dem Tode desselben auf seine Erben über. Eine besondere Bestimmung hierüber enthält Spanien 41.

[9]) Art. 32. Lebende Sprache fordert bereits Pr. 31, das Erforderniß lebender Schriftzeichen ist in 2. Les. hinzugefügt, Prot. 934. Vorzugsweise soll durch obige Bestimmung der Gebrauch der hebräischen Sprache und der hebräischen Kursivschrift (s. g. jüdisch-deutschen Schrift) ausgeschlossen werden, Mot. zu Pr. S. 22. Partikularrechtlich war dieselbe schon vor dem H.G.B. untersagt

Digitized by Google

2) Inventar und Bilanz sollen vom Prinzipal, bezw. von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern unterzeichnet und in eigens hierzu bestimmte Bücher eingetragen oder in zusammenhängender Reihenfolge gesammelt werden.[10]) 3) Die Handelsbücher sollen gebunden und fortlaufend paginirt sein.[11]) Die Vermerke in denselben sollen so beschaffen sein, daß weder ihr Wortlaut noch ihre Reihenfolge zweifelhaft erscheint. Insbesondere sollen die ursprünglichen Einträge nicht durch Ausstreichungen, Rasuren, Korrekturen unleserlich gemacht, Stellen, die gewöhnlich beschrieben zu werden pflegen, nicht unnöthiger Weise leer gelassen werden.[12]) 4) Abschriften, Abdrücke oder Abklatsche der vom Prinzipal abgesandten Handelsbriefe sollen in ein Kopierbuch eingetragen werden.[13])

---

oder entzog den Handelsbüchern die Beweiskraft. Pr. L.R. II. 8. § 590, Preuß. G. v. 23. Juli 47 § 6; Fischer-Ellinger S. 176², Heise S. 94. — Eine Beschränkung in Bezug auf die Auswahl unter den lebenden Sprachen findet nicht statt, Mot. a. a. O., Prot. S. 48, ebenso Ungarn 25; nicht ganz übereinstimmend v. Völdernd a. a. O. S. 243; früheres Recht Heise, Fischer-Ellinger a. a. O., vgl. auch Om. 57, Or. 61. — Unstatthaftigkeit stenographischer Zeichen v. Völdernd a. a. O. S. 244.

[10]) Art. 30. Sämmtliche im Zus. I verglichene Gesetzbücher mit Ausnahme von Ungarn, ebenso die Entwürfe bis auf Pr. verlangen die Eintragung in Inventarien- oder Bilanzbücher.

[11]) Art. 32². Die außerdeutschen G.bücher, mit Ausnahme von Holland und Portugal, fordern amtliche Beglaubigung der Handelsbücher in verschiedenem Umfang. (Zus. I.) Am weitesten geht hierin der Co., dessen Bestimmungen großen Theils der Ord. du comm. entnommen sind, indeß die hier vorgeschriebenen Förmlichkeiten noch erheblich gesteigert haben. Die am meisten verbreitete Form der Parafirung besteht darin, daß die einzelnen Blätter mit dem Namenszug des zuständigen Beamten versehen werden und daß demnächst auf das erste Blatt ein zugleich die Zahl der Blätter angebender Vermerk hierüber gesetzt wird.

[12]) Art. 32³; übereinstimmend bereits Pr. 32². In 1. Les. gab das Verbot der Rasuren zur Diskussion Veranlassung, man entschied sich jedoch für unveränderte Beibehaltung des Entw.s, Prot. 48. — Der Co. 11 bestimmt nur: Tous livres seront tenus par ordre de dates sans blancs, lacunes ni transports en marge; ebenso Holl. 6, Belgien 1. 19, Port. 219, ausführlicher Ital. 20, Span. 41.

[13]) Art. 28², wörtlich gleichlautend E.I 29², E.II 27². Pr. 29² gestattete das Sammeln der Abschriften auf losen Blättern, verlangte aber „Zurückbehalten einer wörtlichen Abschrift aller abgesandten Handelsbriefe." Aus den Prot. S. 45 geht hervor, daß a) das „wörtlich" gestrichen wurde, um anzudeuten, daß auch eine Abschrift des wesentlichen Inhalts genügend sei; b) das eingeschaltete „Kopie" auf die Zulässigkeit eines Abklatsches hinweisen soll; c) „der"

Digitized by Google

III. Inhalt der Aufzeichnungen: 1) Das Inventar in Verbindung mit der Bilanz[14]) hat die Bestimmung, den jeweiligen Vermögensstand des Kaufmannes klar zu legen. Die periodischen Wiederholungen beider sollen zugleich eine Uebersicht über die Ergebnisse der abgelaufenen Geschäftsperiode gewähren und einen Fingerzeig darbieten für die Richtung und Ausdehnung, die der Prinzipal seinen künftigen Unternehmungen zu geben hat. Im Einzelnen soll: a) das Inventar ein genaues mit Werthangabe versehenes Vermögensverzeichniß sein; der Geschäftsinhaber hat in dasselbe sämmtliche Bestandtheile seines Aktiv- und Passivvermögens aufzunehmen und zwar erstreckt sich diese Verpflichtung beim Einzelkaufmann nicht blos auf das Handlungsvermögen, sondern auch auf das, wenngleich faktisch von demselben gesonderte Privatvermögen.[15]) Die Werthangabe der einzelnen Vermögensstücke ist nach dem Werth, den sie zur Zeit der Inventur haben, beizufügen. Dabei kommt es nicht „auf willkürliches subjektives Ermessen, sondern auf den allgemeinen Verkehrswerth" an.[16]) Diesen Werth soll der Prinzipal auf Grund gewissen-

---

statt „aller" gesetzt wurde, um der Annahme entgegenzutreten, daß schon ein fehlender Brief die Beweiskraft des ganzen Buches zerstöre. Abschriften abgesandter Telegramme, oben Anm. 7. — Das Kopierbuch ist das einzige Buch, welches vom H.G.B. ebenso wie von den auswärtigen G.büchern für nothwendig erklärt wird. — Nach Spanien 59 sollen die in fremder Sprache abgesandten Briefe in dem ursprünglichen Text kopiert werden, eine Uebersetzung kann beigefügt werden, genügt aber allein nicht. Dies dürfte auch der Intention des H.G.B.'s entsprechen, vgl. Er. S. 51.

[14]) Ueber die Bedeutung von Inventar und Bilanz Z. 8. 555 (Dresd. 66); Oppenh. Rechtspr. 16 S. 546.

[15]) Darüber kann nach dem Wortlaut von Art. 29 und 31 kein Zweifel sein. Ebenso nach französ. Recht, Bédarr, 1. No. 210. Besitzt ein Kaufmann verschiedene Etablissements, so muß er ein Gesammtinventar aufstellen. — Bei den Handelsgesellschaften erstreckt sich das Inventar nur auf das Gesellschaftsvermögen, nicht auf das Privatvermögen der einzelnen Socien, auch nicht derer, die als Prinzipale (oben S. 105) anzusehen sind, Art. 29 Abs. 3.

[16]) Art. 31. Derselbe giebt, abgesehen von der Bestimmung über die ausstehenden Forderungen nur eine „unvollständige Instruction." Die näheren Maßgaben von Pr. sind mit gutem Grund bereits in 1. Les. beseitigt worden, Prot. 47. Der allgemeine Gesichtspunkt, der bei der jährlichen Inventur und Bilanz zu Grunde liegt, ist „die Idee einer fingirten augenblicklichen allgemeinen Realisirung sämmmtlicher Aktiva und Passiva, wobei jedoch davon ausgegangen werden muß, daß in Wirklichkeit nicht die Liquidation, sondern vielmehr der Fortbestand der Geschäfte beabsichtigt wird, und daß daher bei der Ermittelung und Feststellung

Digitized by Google

hafter Schätzung zu ermitteln suchen. Zu diesem Behuf ist bei den zum persönlichen oder gewerblichen Gebrauch bestimmten Gegenständen die durch Abnutzung herbeigeführte Werthverminderung,[17]) bei Gegenständen, die vorzugsweise nach ihrem Verkaufswerth zu schätzen sind, in der Regel der gegenwärtig zu erzielende Preis,[18]) bei ausstehenden Forderungen der im Laufe der Beitreibung zu erwartende Ausfall in Anschlag zu bringen.[19]) Der Gewinn schwebender Unternehmungen darf nur insoweit in Betracht kommen, als eine annähernde Schätzung möglich ist;[20]) unter derselben Voraussetzung darf bei künftig fällig werdenden Leistungen eine voraussichtliche Preisänderung veranschlagt werden.[21]) — b) Die Bilanz ist der rechnungsmäßige Abschluß des Inventars, eine summarische Zusammenstellung

der einzelnen Werthe derjenige Einfluß unberücksichtigt zu lassen ist, den eine Liquidation auf dieselben ausüben würde", R. 12. 6 (19).

[17]) Nach Pr. sollte „von den Waaren, deren Werth auf dem Lager vermindert wird, und von den Gebäuden oder Geräthschaften, welche sich im Werthe verringern oder durch den Gebrauch abnutzen, ein verhältnißmäßiger Abzug gemacht werden." Zweckmäßiger ist es, daß das H.G.B. sich in dieser Hinsicht bestimmter Vorschriften enthält. Die Berücksichtigung des Abnutzungswerthes erfolgt, namentlich bei Handelsgesellschaften, häufig nicht durch Abschreibung, sondern durch Bildung eines Erneuerungsfonds, H.G.B. 239a Nr. 3; Keyßner Aktiengesellschaften S. 245 f.

[18]) „Gegenstände, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, sind der Regel nach zu dem hieraus sich ergebenden Werth einzustellen, während für andere Vermögensbestandtheile deren gegenwärtiger objektiver Werth auf sonstige Weise zu ermitteln ist", R. 12. 6 (18).

[19]) H.G.B. 31². — Die Passiva sind regelmäßig nach ihrem vollen Betrag aufzunehmen. Ausnahme Anm. 21.

[20]) „Ob und nach welchem Werth, sei es als Aktivum sei es als Passivum die Aufnahme der Rechte und Pflichten (aus schwebenden Engagements) bei Aufstellung der Bilanz für angemessen und erforderlich zu erachten, ist reine Thatfrage" R. 24. 22 (73); nicht ganz übereinstimmend Bu. 16. 145 f. (Lübeck H. und A.G. 68, 69).

[21]) R. 12. 6 (16 ff.). Es handelt sich hier um künftig fällig werdende Forderungen oder Schulden, bei denen der Gegenstand der Leistung einer Aenderung der Konjunktur unterworfen ist, die also nicht reine Geldschulden sind. Fehlt es in solchen Fällen an sicheren Anhaltspunkten, um den Werth der Leistung zur Zeit der Fälligkeit zu schätzen, so ist der Werth zu Grunde zu legen, den die Leistung gegenwärtig haben würde, da, wie das R.O.H.G. richtig bemerkt, im Allgemeinen davon auszugehen ist, „daß auch bei der Bildung des gegenwärtigen Marktpreises alle schon vorhandenen und erkennbaren, wenngleich ihren Einfluß direkt erst für die Folgezeit ausübenden Faktoren, soweit sie objektiv von Erheblichkeit sind, mitgewirkt haben." Bei manchen Handelsartikeln besteht ein verschiedener Markt- und Börsenpreis für die verschiedenen Lieferungszeiten.

Digitized by Google

der Aktiva und Passiva, die den Ueberschuß der ersteren oder das Vorhandensein einer Unterbilanz darthut. Bei der doppelten Buchführung dient die Bilanz zugleich dazu, die Konten des Hauptbuches abzuschließen.[22]) c) Die Vorschrift der persönlichen Unterzeichnung von Inventar und Bilanz hat nicht blos eine formale Bedeutung, sondern weist darauf hin, daß der oder die Prinzipale für die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben auch dann verantwortlich sind, wenn sie die Buchführung nicht selbst besorgen oder überhaupt nicht an der Geschäftsführung betheiligt sind.[23])

2) Die Handelsbücher sollen eine fortlaufende Uebersicht aller Geschäftsvorfälle enthalten, durch welche die Vermögenslage des Prinzipals beeinflußt wird.[24]) Sie müssen demnach vor Allem über die Handelsgeschäfte des Prinzipals vollständigen Aufschluß geben, auch über diejenigen, deren Ergebniß noch nicht endgültig feststeht.[25]) Nichthandelsgeschäfte sind jedenfalls dann zu verzeichnen, wenn sie sich auf den Handlungsfonds beziehen, der Einzelkaufmann muß in den Handelsbüchern wie bei der Inventur und Bilanz aber auch die Aenderungen im Bestand seines Privatvermögens ersichtlich machen.[26]) — Ueber die Art der Buchung bestimmt das H.G.B. nichts. Dem Ermessen des Prinzipals bleibt sowohl das System der Buchführung[27])

---

[22]) Specialvorschriften über die Bilanz der Aktiengesellschaften Art. 249. a. Hierüber im zweiten Buch. — Das Ergebniß der Bilanz wird bei der doppelten Buchführung in das Hauptbuch auf das Bilanz oder Kapitalkonto eingetragen und geht von da auf die einzelnen Konten des Hauptbuches über.

[23]) Mot. zu Pr. S. 21. Der Mangel der Unterschrift hat nicht den Wegfall der Verantwortlichkeit zur Folge. — Strafbarkeit? R.st. 2. 11 (30).

[24]) H.G.B. 28[1]: Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind. In Pr. hieß es „zu jeder Zeit vollständig zu ersehen ist", der Zusatz wurde indeß schon in 1. Les. gestrichen, Prot. 44. Aber auch ohne denselben verlangt der Art. Unerfüllbares, wenn man nicht zu den Büchern auch die sonstigen Aufzeichnungen (Inventur und Bilanz) rechnet.

[25]) R. 9. 38 (119); 13. 108 (340 ff.) Gefälligkeitswechsel Bu. 38. 248 (O.Trib. Berlin 77). Aus der früheren Praxis Entsch. d. Pr.O.Tr. Bd. 5 S. 389; Bu. 4. 316. Seu. 17 Nr. 176 (Ob.A.G. Darmstadt).

[26]) Ebenso nach fremdem Recht, Pard. I. No. 86, Bédarr. I. No. 205. Holtius I. bl. 78. Zum Theil enthalten die außerdeutschen Gesetzbücher besondere Vorschriften über die Buchung der Haushaltungsunkosten, s. Zus. I.

[27]) Ob doppelte (italienische) oder einfache (deutsche) Buchführung. Letztere darf nicht zu Grunde gelegt werden, wenn sie im concreten Fall nicht geeignet ist, die nöthige Uebersicht zu gewähren.

Digitized by Google

anheimgestellt wie, mit Ausnahme der Vorschrift über das Halten eines Kopierbuches, welche Bücher er anlegen und wie er die Konten in denselben bilden will. Ebenso wenig giebt das Gesetz Vorschriften über das Maß der bei Eintragung der einzelnen Geschäfte erforderlichen Spezialisirung, sowie ob und in wie weit die Eintragungen sich zeitlich unmittelbar an die eingetragenen Vorfälle anschließen müssen.[28]) In allen diesen Beziehungen soll der Prinzipal die zur Erhaltung der Ordnung und Uebersichtlichkeit geeigneten Anordnungen treffen und sich dabei neben den allgemeinen Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung die besondere Beschaffenheit seines Geschäfts zur Richtschnur dienen lassen.[28a])

Der Prinzipal braucht die Handelsbücher nicht selbst zu führen.[29]) Er genügt seiner Verpflichtung, wenn er geeignete Personen hiermit beauftragt und sie im Allgemeinen kontrolirt. Für die Richtigkeit und Ordnungsmäßigkeit der einzelnen von ihnen vorgenommenen Eintragungen ist er dagegen nicht verantwortlich.[30])

IV. Die vorstehenden Bestimmungen sind zunächst bloße Anweisungen. Eine Sanktion derselben enthalten die Strafgesetze über den Bankerutt,[31]) außerdem liegt ein mittelbarer Antrieb, ihnen nachzu-

---

[28]) Einzelne hieher gehörige Fälle R. 18. 62 (234); Cl. u. A. 3. 355, 401; 4. 615; Bu. 16. 147 (H.G. Lübeck 68); Seu. 11. 194; 17. 176 (Ob.A.G. Darmstadt 62, 63).

[28a]) Auch der Handelsgebrauch ist zu beachten, sofern derselbe nicht mit dem Zweck der kaufmännischen Buchführung in Widerspruch steht, Bu. 38. 302 (Ob.ger. Hamb. 76).

[29]) Art. 36: Die Eintragungen in die Handelsbücher können, unbeschadet ihrer Beweiskraft, durch Handlungsgehülfen bewirkt werden. Die Bestimmung ist zwar durch das E.G. zur Civ.Proc.Ordn. aufgehoben, nicht aber der in derselben vorausgesetzte Grundsatz, daß eine Uebertragung der Buchführung an Handlungsgehülfen, im Ganzen wie in Bezug auf einzelne Bücher, mit den Anforderungen kaufmännischer Ordnung im Einklang steht. Nach älterem Recht wurde bisweilen Führung der Bücher durch den Prinzipal selbst für nothwendig erachtet: Modus aut forma scribendi justa esse debet, ad quam exigitur ut propria manu ipsius mercatoris scribantur. Nec sufficit scriptura institoris seu administratoris nisi id usu receptum sit, Mev. comm. P. V. tit. 6 art. 4 No. 23. Die herrschende Ansicht war dies allerdings nicht.

[30]) Auch den an der Buchführung nicht betheiligten persönlich haftenden Gesellschaftern liegt nur eine allgemeine Kontrole ob. — Entlassung der Handlungsgehülfen wegen unregelmäßiger Buchführung Z. 14. 540 (Hofg. Wiesb. 66).

[31]) R.Str.G.B. $281^{3,4}$, $283^{2,3}$, jetzt R.Konk.Ordn. $209^{3,4}$, $210^{2,3}$, dazu Rst. 2. 11 (30). — Oesterr. Str.G.B. § 246. c, d.

Digitized by Google

kommen, darin, daß die regelmäßige Führung der Handelsbücher von Einfluß auf ihre Beweiskraft ist.

Das H.G.B. ging in letzterer Hinsicht von dem Standpunkt der formalen Beweistheorie aus.[33]) Im Anschluß an das zur Zeit seiner Einführung wohl im größten Theil von Deutschland geltende Recht,[34]) stellte es die Regel auf, daß ordnungsmäßig geführten[35]) Handelsbüchern bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten[36]) die Kraft eines unvollständigen Beweises zukomme. Die Ergänzung, deren dieser Beweis bedurfte, konnte gemäß dem früheren Prozeßrecht durch andere, an sich ebenfalls unvollständige Beweise[37]) erbracht werden.

---

[32]) Ueber das ältere Recht: Straccha quom. in causis merc. proc. sit P. I. No. 31; Mevius comm. ad j. Lubec. P. 5 tit. 6 art. 4; Marquard de j. merc. III. 9; Sickel diss. de origine et fatis fidei quam merc. codic. adhiberi solet Lips. 1829; Heise S. 92; Brinckmann S. 52; Fischer-Ellinger § 229; Wetzell Civilproc. § 24[20]; Endemann Z. 2. 338; 5. 390; Massé 4 No. 2484, auch die Anm. 38 angef. Schrift von Pemsel.

[33]) H.G.B. 34. Anders Pr., s. Zus. II. Der Stichentscheid des Präsidenten (Ritters v. Raule) gab den Ausschlag für Aufstellung einer bestimmten Beweistheorie, Prot. S. 54. — Eine scharfe aber nicht unberechtigte Kritik der Bestimmungen des H.G.B.'s in dem Erk. des Ob.A.G.'s Dresden vom 5. 9. 67 Z. 14. 491; Bu. 13. 107.

[34]) Die älteren italienischen Praktiker und Statuten wollen vielfach die Handelsbücher den öffentlichen Urkunden gleichstellen, ihnen mithin volle Beweiskraft beimessen. Als Grund wird geltend gemacht: quia mercatores gerunt quasi publicum officium et tunc huic libro creditur quasi publicae scripturae (Baldus). Es besteht aber in dieser Hinsicht keine Uebereinstimmung, und auch diejenigen, die sich zu obigem Grundsatz bekennen, thun dies nur unter mehr oder weniger weit gehenden Kautelen. In Deutschland wichen die Partikularrechte z. Th. erheblich von den im Text aufgestellten Grundsätzen ab. Nach Pr.L.R. II. 8 § 562—613 lieferten ordnungsmäßig geführte Handelsbücher unter Kaufleuten vollen Beweis; gegen Nichtkaufleute konnten sie bei streitigen Waarenlieferungen, wenn die Lieferung selbst feststand und nur Nebenumstände bestritten waren, halben Beweis erbringen. Die Beweiskraft war unter Kaufleuten zeitlich unbegrenzt, gegen die Erben des Kaufmanns auf fünf, gegen einen Nichtkaufmann auf ein Jahr beschränkt. Die Eintragung von „Kaufhandlungen" in die Handelsbücher hatte übrigens nicht nur Folgen für die Beweisbarkeit, sondern ersetzte auch den Mangel eines schriftlichen Kontrakts, I. 5 § 149, II. 8 § 597. Fremde Gesetzgebungen s. Zus. I.

[35]) d. h. solche, die nach Inhalt und Form den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.

[36]) Ueber diese Voraussetzungen s. Hahn zu Art. 34 § —, v. Völdernd. S. 255.

[37]) „Durch den Eid oder durch andere Beweismittel". Also z. B. auch durch einen Zeugen. Juramento opus non est quando scripturae accedit unius testis depositio, Mevius l. c. No. 34. Bestritten war dies freilich auch, Pemsel S. 5.

Digitized by Google

Als Ergänzungsmittel kam in der gemeinrechtlichen Praxis besonders der Bestärkungseid, in dieser Anwendung auch Bucheid genannt, in Betracht. Auch diesen hat das H.G.B. sich angeeignet, mit demselben freilich auch die vielfachen ihn betreffenden Streitfragen des früheren Rechts übernommen.[38])

Schon das H.G.B. gestattete indeß dem Richter, von der obigen Regel abzuweichen und nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleitetem Ermessen dem Inhalt der Handelsbücher ein größeres oder geringeres Maß von Beweiskraft beizulegen. Ebenso sollte richterliches Ermessen über die Beweiskraft der Handelsbücher entscheiden, wenn die Bücher der streitenden Theile nicht mit einander übereinstimmten oder wenn sich Unregelmäßigkeiten in der Buchführung ergaben.[39])

In Bezug auf den Beweis durch Handelsbücher Nichtkaufleuten gegenüber verweist das H.G.B. auf die Landesgesetzgebung. Sofern nicht bei oder nach Einführung des H.G.B. besondere landesgesetzliche Vorschriften hierüber erlassen waren, war in dieser Beziehung das frühere Landesrecht in Kraft geblieben.[40])

Durch das Einführungsgesetz zur D. Civ.Proz.Ordn. sind sowohl die Bestimmungen des H.G.B.'s wie die landesgesetzlichen Vorschriften über die Beweiskraft der Handelsbücher aufgehoben worden.[41]) Das Prinzip freier Beweiswürdigung[42]) kommt gegenwärtig auf die Handelsbücher uneingeschränkt zur Anwendung.[43]) Beseitigt ist mithin ins-

---

[38]) Einen Theil dieser Streitfragen behandelt die Schrift von Pemsel, Die Fassung des Bucheides, Erlangen 1866; vgl. auch Prot. S. 54 ff. und das ausgeschiedene Monitum 55 (Mecklenburg).

[39]) Art. 34², 35. Hierzu die gründlichen Erörterungen v. Hahn's zu Art. 34 § 11—17, auch v. Völdernd. S. 271 ff. — Aus der Praxis vgl. die Erkenntnisse des R.Ob.H.G. bei Stegemann I S. 346, R. 18. 62 23 ff.); Cl. u. A. 3. 401; Bu. 2. 162, 164 (Königsb. Comm.Coll., Stadtg. Berl. 63); 4. 351 (Nürnb. 64); 13. 172 (H.G. Stuttg. 66: Kopierbuch); 20. 336 (O.A.G. Berl. 69); Seu. 11. 194 (O.A.G. Darmst. 56); Entsch. d. Pr. O.Trib. Bd. 17 S. 324.

[40]) Art. 34³; dazu v. Hahn § 18 ff.; Keyßner, Bu. 2. 301 ff. Aus der Rechtsprechung Stegemann I S. 200; Bu. 2. 164 (Stadtger. Berl. 63); 11. 329; 14. 404 (H.G. Hamb. 66); 20. 339 (Ob.A.Ger. Berl. 69); R. 5. 92 (400). — Minderkaufleute waren auch in Bezug auf den durch die Handelsbücher gegen sie zu erbringenden Beweis den Nichtkaufleuten gleich gestellt.

[41]) Einf.ges. § 13², 14.

[42]) Civ.Pr.Ordn. § 259.

[43]) Der Beweis durch die Handelsbücher ist auch im Sinne der Civ.Pr.Ordn. Urkundenbeweis. Anwendbar auf denselben sind mithin alle den Urkundenbeweis

Digitized by Google

besondere die Abstufung der Beweiskraft, je nachdem es sich um einen Beweis gegen Kaufleute oder gegen Nichtkaufleute handelt;[43a]) im Uebrigen wird der Richter auch jetzt noch vielfach in der Lage sein, auf die im Wesentlichen aus der Natur der Sache geschöpften Grundsätze des H.G.B.'s zurückzugreifen. Nach wie vor ist die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung als die regelmäßige Voraussetzung[44]) für die Beweiskraft der Handelsbücher anzusehen, ebenso wird auch jetzt noch häufig zur Auferlegung eines Bestärkungseides Veranlassung sein. Mit Bezug auf die den letzteren betreffenden Streitfragen ist zu bemerken: a) Der Eid ist auf die streitige Thatsache selbst, nicht etwa auf die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung zu richten.[45]) — b) Er ist der Partei, bezw. ihrem gesetzlichen Vertreter, nicht aber an Stelle derselben oder neben ihr den Hülfspersonen aufzuerlegen, die mit der Buch- oder Geschäftsführung beauftragt waren.[46]) — c) Ob der Eid als Wissens- oder als Glaubenseid auszuschwören ist, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Ein Glaubens-

---

betreffenden Bestimmungen, die sich nicht ausschließlich auf öffentliche oder vom Aussteller zu unterfertigende Urkunden beziehen. — Ueber die Natur des Beweises durch Handelsbücher scharfsinnig Heusler im Arch. für civil. Prax. Bd. 62 S. 240, 311 ff.

[43a]) Schon nach dem H.G.B. war die Beweiskraft der Handelsbücher nicht auf die unter den Prozeßparteien begründeten Rechtsverhältnisse beschränkt, v. Hahn zu Art. 34 § 8. Gleiches gilt auch gegenwärtig.

[44]) Der Einfluß, den Durchstreichungen, Rasuren, Einschaltungen oder sonstige Unregelmäßigkeiten auf die Beweiskraft haben, ist wie nach Art. 35 H.G.B. freier richterlicher Beurtheilung anheimgestellt, Civ.Pr.Ordn. § 384. Dasselbe folgt aus § 259 für den Fall, daß die Bücher der streitenden Theile mit einander in Widerspruch stehen.

[45]) Uebereinstimmend Pemsel S. 75, v. Hahn zu Art. 34 § 9; Wetzell § 26 Anm. 11.a; Renaud S. 344; Heusler a. a. O. S 313; Bu. 5. 305; 15. 101 (Nürnb. 64, 66); Z. 8. 563 (O.Trib. Berl. 62); anders mit Rücksicht auf das frühere sächsische Prozeßrecht Z. 14. 491 (O.A.G. Dresd. 67); zweideutig Cl. und A. 3. 445, wo bei Eintragung eines Saldos der Eid dahin auferlegt wird, daß in den Handlungsbüchern die in dem Buchauszug aufgeführten Posten in vollkommener Uebereinstimmung mit dem Stande des zwischen den Parteien obwaltenden Geschäfts eingetragen seien.

[46]) Civ.Pr.Ordn. § 437—439. Pr. machte es vom Ermessen des Richters abhängig, den Eid statt vom Prinzipal von dem Handlungsgehülfen, der die Bücher geführt hatte, zu fordern. Aehnlich die österr. Entwürfe. Nach Pr. L.R. II. 8 § 579 ff. mußte, wenn die Bücher von einem Handlungsgehülfen geführt waren, auf Verlangen der Gegenpartei außer dem Prinzipal auch der Buchhalter schwören.

Digitized by Google

eid ist dann zu schwören, wenn der Partei nicht zugemuthet werden kann, daß sie von der Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Thatsache positive Kenntniß habe.[47])

Beweiskraft in vorstehendem Sinne kommt allen Handelsbüchern[48]) hinsichtlich derjenigen Thatsachen zu, für deren Beurkundung sie ordnungsmäßig bestimmt sind, sowohl den eigentlichen Rechnungsbüchern wie den neben denselben gebräuchlichen Hülfsbüchern.[49]) Zu letzteren gehört namentlich das Kopierbuch, aus welchem ein Beweis für die Absendung der darin kopirten Briefe zu entnehmen ist.[50]) Zu unterscheiden sind aber von den unmittelbar durch die Handelsbücher beurkundeten Thatsachen die etwa weiter hierauf gebauten Schlüsse. Wenn z. B. aus der Absendung von Waaren oder Briefen auf deren Ankunft beim Adressaten geschlossen wird, so ist immer zu beachten, daß die letztere Thatsache sich nicht aus den Handelsbüchern ergiebt. Auszusondern sind ferner alle Eintragungen, die nicht Bekundungen thatsächlicher Vorgänge sind: Vermerke, die einer an sich verschiedener Deutung fähigen Thatsache einen bestimmten rechtlichen Charakter

---

[47]) Civ.Pr.Ordn. § 424, 439; R. 15. 92 (325 f.).

[48]) Handelsbücher als Belege einer vom Prinzipal gelegten Rechnung R. 4. 85 (407); 14. 71 (215). — Art. 34 war hier unanwendbar, die Praxis half sich mit analoger Anwendung des Art. 888. Nach der D. Civ.Pr.Ordn. hat es keinen Anstand, die vom Geschäftsverwalter geführten Handelsbücher auch in diesem Fall auf Grund freier richterlicher Würdigung als Beweismittel zuzulassen.

[49]) R. 18. 62 (231), Cl. u. A. 2. 233, unrichtig Seu. 11. 194 (Ob.A.G. Darmst. 56). — Nicht zu den Handelsbüchern gehören die s. g. Beibücher, in welche, bei einer länger andauernden Geschäftsverbindung zwischen zwei Personen, von der einen Seite die auf die Verbindung bezüglichen Vermerke eingetragen werden, während das Buch selbst im Gewahrsam des anderen Theils sich befindet. Die Beweiskraft dieser Bücher beruht auf der unbeanstandeten Entgegennahme der in dieselben bewirkten Eintragungen seitens des Inhabers der Bücher, also auf einem stillschweigenden Anerkenntniß, welches namentlich dann angenommen wird, wenn nach der Eintragung die Geschäftsverbindung fortgesetzt wird. Andere Namen für die Beibücher sind die Konto- oder Kommissionsbücher, letzterer Ausdruck bedeutet allerdings auch ein gewöhnliches Bestellbuch, Bu. 4. 354 (Nürnb. 64); Z. 20. 631 (A.G. Frankf. 68); Seu. 26. 149 (Dresd. 70). Ueber die Beibücher vgl. R. 1. 47 (160); 2. 63 (273); 12. 21 (68); 14. 83 (260); 15. 51 (171); 23. 56 (164); Bu. 7. 417 (Dresd. 63). — Vgl. auch Pr. L.R. II. 8 § 591 ff., W. 52 und Motive hierzu S. 67 ff.

[50]) Hierüber Anschütz, Beweiskraft des Kopierbuches Z. 1. 209 ff., Erk. des R.O.H.G.'s bei Stegemann 1 S. 243; Seu. 3. 287 (Lübeck 50); 9. 96 (Ob A.G. Darmst. 50; — vgl. aber auch das in der vor. Anm. angef. Erk. dess. Ger.hofes); Z. 20. 630 (H.G. Stuttg. 66).

Digitized by Google

beimessen, Eintragungen, die ein Urtheil über die Qualität einer Waare oder über den Werth von Vermögensbestandtheilen enthalten, die eine bloße Zusammenfassung von Rechnungsposten sind u. dgl. m. Von einer Beweiskraft derartiger Eintragungen kann nur insofern die Rede sein, als die jeweilige subjektive Auffassung des Geschäftsinhabers in Betracht kommt.[51])

Andererseits können die Handelsbücher nicht blos zum Erweise positiver Thatsachen, sondern auch zur Erbringung eines negativen Beweises verwendet werden, da aus dem Nichteingetragensein eines Geschäfts, welches nach den Regeln kaufmännischer Buchführung in die Handelsbücher gehört, sich unter der Voraussetzung geordneter Buchführung häufig ein Schluß darauf, daß dasselbe überhaupt nicht stattgefunden hat, ziehen lassen wird.[52]) Die Handelsbücher sind ferner als Beweismittel nicht nur zu Gunsten des Geschäftsinhabers, sondern auch gegen denselben verwendbar.[53]) Die Bedeutung eines Anerkenntnisses haben die den Geschäftsinhaber belastenden Vermerke, so lange sie bloße Interna bleiben, nicht; sie können eine solche Bedeutung erlangen, wenn sie dem Gegentheil in entsprechender Absicht kundgegeben werden.[54])

[51]) Es ist Sache richterlichen Taktes, die hier hervorgehobenen Gesichtspunkte im einzelnen Fall zur Geltung zu bringen, vgl. R. 13. 33 (96); Cl. u. A. 1. 86, 101; 4. 541, 617; Bu. 4. 354 (Nürnb. 64); 9. 52 (österr. ob. Ger. 65); 40. 251 (H.app.ger. München 75); Z. 20. 630 (Stadtger. Frankf. 71); Seu. 26. 149 (Dresd. 71). — Nach den obigen Grundsätzen beantwortet sich auch die Frage, in wie fern die in dem Inventar und der Bilanz enthaltenen Angaben als Beweismittel verwerthbar sind.

[52]) R. 7. 26 (98) und das in der Anm. das. mitgetheilte Erk.; R. 18. 23 (98). Hierher gehört auch R. 9. 37 (119), wo daraus, daß ein Geschäft ohne Beifügung einer Bedingung in die Handelsbücher eingetragen war, gefolgert wird, daß dasselbe bedingungslos geschlossen sei. Im Wesentlichen übereinstimmend auch Z. 11. 138 (Nürnb. 64); anders Cl. u. A. 4. 619, 651, 679.

[53]) Auch in dieser Beziehung unterliegt die Beweiskraft der Handelsbücher freier Beurtheilung. Vgl. aus der früheren Praxis R. 13. 108 (340); 20. 83 (339); Bu. 15. 413 (Dresd. 67 — unrichtige Motivirung); 16. 73 (Darmst. 68). Der Satz des gemeinen Prozeßrechts, daß derjenige, der sich auf eine Urkunde beruft, den Inhalt derselben gegen sich gelten lassen muß, wird in fremden Gesetzbüchern vielfach auf den angewendet, der auf die Handelsbücher seines Gegners Bezug nimmt. Nach der Civ.Pr.Ordn. hat dieser Satz keine Geltung.

[54]) Seu. 4. 171 (Lübeck 27) wendet auf die Buchungen den Satz an: nudam rationem non facere debitorem, L. 49 § 2 D. de pec. (15. 1); L. 26 de donat. 39. 5. Aehnlich R. 11. 48 (141), wo zwischen stillen, dem Geschäftsverbundenen nicht gemeldeten Buchungen und brieflich ausgesprochenen, in den Jahres-

Digitized by Google

V. Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Vorlegung der Handelsbücher unter Bezeichnung der in Betracht kommenden Stellen.[55]) Der Gegenpartei ist nur der den Streitpunkt betreffende Inhalt der Handelsbücher aufzudecken, während der Richter auch von dem übrigen Inhalt derselben insoweit Kenntniß zu nehmen hat, als zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung nothwendig ist.[56]) Die Vorlegung der gegnerischen Handelsbücher kann auf den Antrag des Beweisführers vom Richter verfügt werden.[57]) Abweichend von den

---

auszügen kund gethanen Zugeständnissen unterschieden wird. In R. 13. 108 (341) wird zwar die Kreditirung des Klägers mit den fakturirten Preisen als ein vollgültiges Zugeständniß des letzteren für den definitiven Kaufabschluß betrachtet, aber doch nur in Verbindung mit dem Umstand, daß Bekl. die ihm vom Kläger übersandten Waaren nebst Fakturen ohne Einspruch angenommen hatte. Vgl. auch R. 25. 63 (251); Bu. 36. 174, 201 (A.G. Leipzig 76); Seu. 20. 55 (O.A.G. Kassel 65).

[55]) Art. 38, Civ.Pr.Ordn. § 385, R.civ. 1. 51 (243). Die Vorlegung muß im Original erfolgen. Vorlegung von, wenngleich beglaubigten, Abschriften oder Auszügen genügt nicht. Cl. u. A. 4. 637. Anders da, wo es sich um bloße Bescheinigungen handelt, z. B. bei dem Antrag auf Konkurseröffnung, R.Konk.Ordn. 97, österr. Konk.O. 63; Cl. u. A. 4. 523; ebenso bei Pränotationen nach früherem österr. Grundbuchrecht, österr. E.G. § 21; Rekognition der vorgelegten Bücher; Bu. 36. 175 (A.G. Leipzig 76).

[56]) Heusler a. a. O. S. 313; Bu. 9. 299 (Nürnb. 66); 13. 173 (H.G. Stuttg. 66); Cl. u. A. 3. 427, 512; 4. 569, 593, 625, 677, 798.

[57]) Art. 37[1]: Im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter auf den Antrag einer Partei die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei verordnen. — Die meisten außerdeutschen Gesetzbücher gestatten eine derartige Anordnung auch ohne Parteiantrag, ebenso von den Entwürfen W. 43; Er. II 16; Pr. 37; E. I 38 (Zus. I., II.) Die jetzige Fassung rührt aus 2. Les. her. Die Vertheidiger von Pr. wollten die Befugniß des Richters, auch ohne Parteiantrag die Edition zu verfügen, auf das richterliche Fragerecht zurückführen, während die Mehrheit hierin einen Verstoß gegen das Verhandlungsprinzip fand, Prot. 942, 944 ff. Als eine Konsequenz des richterlichen Fragerechts betrachtet den Art. 37 in seiner jetzigen Fassung das Bu. 27. 113 mitgetheilte Erk. des Hamb. Ob.ger.'s. Zum Antrag auf Edition sind nach dem H.G.B. auch Nichtkaufleute befugt, Cl. u. A. 1. 85; 3. 283; dagegen muß der Rechtsstreit jedenfalls eine Handelssache betreffen, Cl. u. A. 1. 47; 2. 246; 4. 650, 760, 771; abweichend 2. 151. Die Edition kann unter dieser Voraussetzung auch gefordert werden, wenn die Partei, welche die Bücher vorlegen soll, inzwischen aufgehört hat, Kaufmann zu sein, Cl. u. A. 4. 581. — Die richterliche Verordnung setzt gegenseitiges Gehör voraus, Cl. u. A. 3. 446. „Im Laufe eines Rechtsstreites" bedeutet nach der D. Civ.Pr.Ordn. von der Klageerhebung bis zum Schluß der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, im gemeinen und österr. Prozeß bis zur Inrotulation der Akten. Im Exekutivprozeß war die

Digitized by Google

gewöhnlichen Regeln über Urkundenedition ist hierbei,[57a]) daß, obwohl die Handelsbücher im Allgemeinen als gemeinschaftliche Urkunden betrachtet werden, dennoch kein eigentliches Recht der Partei auf Edition besteht, sondern daß die Gewährung des Editionsgesuches vom richterlichen Ermessen abhängt.[58]) Dafür findet auch in Bezug auf die Erfordernisse desselben eine freiere richterliche Beurteilung statt als bei sonstigen Editionsgesuchen.[59]) — Bestreitet der vom Richter zur Edition Aufgeforderte, daß er sich im Besitz der zu edirenden Bücher befinde, so hat er den nach Maßgabe der Prozeßordnung zu normirenden Editionseid zu leisten.[60]) Für den Fall, daß weder die

---

Berufung auf die gegnerischen Handelsbücher trotz Art. 37 unstatthaft, Bu. 11. 485 (Dresden 66); Cl. u. A. 4. 568; ebenso in dem Urkundenprozeß der Civ.Pr.O. — Noch weiter geht in Bezug auf den früheren sächs. Prozeß Bu. 36, 201 (A.G. Leipzig 66).

[57a]) Keine Bestimmungen enthält das H.G.B. über die Editionspflicht dritter am Rechtsstreit nicht betheiligter Personen, Cl. u. A. 3. 392. In dieser Hinsicht entscheiden gegenwärtig Civ.Pr.O. 387, 393 ff. Ueber die einschlägigen Grundsätze des bürgerlichen Rechts Demelius Exhibitionspflicht S. 269 ff.

[58]) R.O.H.G. bei Stegemann II S. 243 f.; Cl. u. A. 1. 33; 2. 247; 3. 309 (abweichend 3. 384); 4. 526; Bu. 6. 133; 9. 300 (Nürnb. 64); 16. 148 (H.G. Lübeck 68). — Der Richter kann z. B. den Antrag auf Vorlegung dann ablehnen, wenn anzunehmen ist, daß die Bücher über die behaupteten Thatsachen keine Aufklärung ergeben werden oder daß dieselbe nur aus Chikane begehrt ist.

[59]) Bezüglich der Nothwendigkeit, die zu edirenden Bücher genau zu bezeichnen Cl. u. A. 3. 396; 4. 729. Ziemlich rigoros ist die österr. Praxis in Bezug auf die Bestimmtheit der Parteibehauptungen, zu deren Erweis die Vorlegung der gegnerischen Handelsbücher verlangt wird, Cl. u. A. 2. 206; 3. 280, 282, 349, 352, 384, 399; 4. 550, 593, 633, 672, 693, 701, 703, vgl. auch Anm. 56 a. E. Milder Pr. O.Trib. Z. 14. 497 f. Niemals aber darf die Edition auf ganz unbestimmte Behauptungen hin angeordnet werden oder zu einer allgemeinen Durchmusterung der zu edirenden Bücher Veranlassung geben; Cl. u. A. 3. 364; 4. 688, 701, 759; Bu. 21. 27; Z. 20. 632. Daher ist es keine genügende Substantiirung des Editionsgesuches, wenn die Vorlegung der gegnerischen Handelsbücher nur verlangt wird, um darzuthun, daß sie nicht ordnungsmäßig geführt seien, Cl. u. A. 3. 399.-519.

[60]) Civ.Proc.Ordn. 391. — v. Hahn will den Editionseid nur in Betreff solcher Bücher zulassen, die nicht gesetzlich erforderlich sind oder hinsichtlich deren keine gesetzliche Pflicht zur Aufbewahrung mehr besteht. Die Erklärung des Editionspflichtigen, daß die Führung gesetzlich nothwendiger Bücher unterblieben sei, soll der Editionsweigerung gleich stehen. Bei Büchern, hinsichtlich deren die gesetzliche Aufbewahrungsfrist noch fortbestehe, müsse, um das Präjudiz des Art. 37[2] zu vermeiden, dargethan werden, daß sie dem Editionspflichtigen ohne seine Schuld abhanden gekommen seien, was ebenfalls nicht durch den Editionseid geschehen könne. Aehnlich R. 13. 108 (340), unentschieden Cl. u. A. 3. 271. Dieser Ansicht ist indeß weder vom Standpunkt des H.G.B.'s noch nach

Digitized by Google

Vorlegung noch die Leistung des Editionseides erfolgt, sollte nach dem H.G.B. poena confessi eintreten, mithin der vom Beweisführer behauptete Inhalt der Bücher zum Nachtheil des Weigernden für erwiesen angenommen werden.[61]) Gegenwärtig kommt auch in diesem Fall der Grundsatz freier Beweiswürdigung zur Anwendung; es ist richterlichem Ermessen anheimgestellt, ob und in wie weit der Weigernde für beweisfällig zu erachten ist.[62])

Soweit hiernach für die Edition der Handelsbücher besondere Grundsätze gelten,[63]) sind dieselben auf alle vom Kaufmann geführten, zu seinem Gewerbebetrieb in Beziehung stehenden Bücher anwendbar aber auch hierauf zu beschränken.[63a]) Die dem Prinzipal zugegangenen Handelsbriefe sowie die von ihm neben den Handelsbüchern etwa gesammelten Belege stehen in Bezug auf die Editionsverbindlichkeit mit allen anderen Urkunden auf einer Linie.[64])

---

der Civ.Pr.Ordn. beizutreten. In den gedachten Fällen bedarf es zwar nicht der sonst zur Begründung des Editionsgesuches erforderlichen Angabe besonderer Umstände, aus welchen hervorgeht, daß die betr. Urkunden sich im Besitz des Gegners befinden (Civ.Pr.Ordn. 389[4]), dagegen kann die Thatsache, daß der zur Edition Aufgeforderte den gesetzlichen Verpflichtungen in Betreff der Buchführung nicht genügt hat, an sich noch nicht einer Editionsweigerung gleich geachtet werden. Seit der Aufhebung des Art. 37[2] hat die Frage insofern geringere praktische Bedeutung, als sowohl die Folgen der verweigerten Edition wie der Nichterfüllung der gesetzlichen Obliegenheiten nach dem Prinzip freier Beweiswürdigung zu beurtheilen sind. Vgl. auch v. Völdernd. zu d. Art. und in Endem.'s Handb. I S. 241 f.

[61]) Art. 37[2], R. 13. 108 (341), Bu. 29. 233 (Ob.ger. Hamb. 73). Auch schon vor dem H.G.B. galt als das übliche Präjudiz der Nichtvorlegung Eingeständniß der durch die Bücher zu erweisenden Thatsachen.

[62]) E.G. zur Civ.Pr.Ordn. 13[2]; Civ.Pr.O. 391, 392, 409. Nur wenn der Beweisführer eine Abschrift der vorzulegenden Urkunde beigebracht hat, soll, wenn der Gegner weder edirt noch den Editionseid leistet, die Abschrift ohne Weiteres als richtig angesehen werden, § 392.

[63]) Die Bestimmungen über Edition der Handelsbücher beziehen sich nur auf die Fälle, in denen dieselben als Beweismittel für Parteibehauptungen angerufen werden, nicht auf „die den Gegenstand eines besonderen präparatorischen Rechtstreites bildende Editionspflicht", R. 7. 18 (72).

[63a]) Also nicht blos auf die gesetzlich vorgeschriebenen Bücher, v. Hahn zu Art. 37 § 3; R. 2. 29 (126); Cl. u. A. 4. 768; anders v. Völdernd. S. 280; Z. 8. 565 (Ob.H.G. Mannh.). — Inventar und Bilanz? Bu. 36. 89 (Sadenburg).

[64]) Uebereinstimmend v. Völdernd. S. 282. Aus der Judicatur, zum Theil abweichend, Z. 14. 497 (O.Tr. Berl. 69); Bu. 14. 106 (Ob.A.G. Lübeck 68); Cl. u. A. 3. 261, 331, 334; 4. 624, 673, 674.

Digitized by Google

Das H.G.B. bestimmte, daß die Vorlegung der Handelsbücher nur bei dem Gericht des Ortes, an welchem sie sich befinden, geschehen, die Versendung an ein auswärtiges Gericht dem Geschäftsinhaber niemals zugemuthet werden sollte.[65]) Diese Sondervorschrift ist durch das Einführungsgesetz zur R.Civ.Proz.Ordn. ebenfalls beseitigt.[66]) Maßgebend ist gegenwärtig die allgemeine Vorschrift der Civ.Proz.Ordn., daß die Vorlegung der Urkunden regelmäßig vor dem Prozeßgericht in der mündlichen Verhandlung erfolgen soll, aber wenn dies nicht möglich ist oder bedenklich erscheint, ausnahmsweise vor einem anderen Gericht verordnet werden kann.[67])

VI. Zu unterscheiden von der Vorlegung der Handelsbücher ist die Mittheilung zur Kenntniß von ihrem ganzem Inhalt.[68]) Dieselbe kann in solchen Fällen verfügt werden, in denen es darauf ankommt, den Gesammtumfang des Handelsvermögens und des Geschäftsbetriebes zu ermitteln. Dahin gehören insbesondere Vermögensauseinandersetzungen (Erbschafts-, Gütergemeinschafts-, Gesellschaftstheilungssachen) und der Fall des Konkurses in Bezug auf die Bücher des Gemeinschuldners.[69]) Die Mittheilung kann in derartigen Fällen durch den zuständigen Richter von Amtswegen verfügt werden.[70])

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebungen. 1) Frankreich Co. 8—17; 586[6], 591; Code civ. 1329, 1330. — Der Kaufmann ist verpflichtet, gewisse Bücher

---

[65]) Art. 39. Derselbe Grundsatz galt auch schon nach früherem Recht, wobei man sich namentlich auf L. 4 § 5 D. de ed. (2. 13): sed ibi quis compellitur edere ubi argentariam exercuit stützte. Doch war man geneigt, Ausnahmen zuzulassen, Seu. 3. 120, 288; 5. 323 und die das. Angeff. Auch E. I gestattete dem Richter, aus besonders dringenden Gründen zu verfügen, daß die Vorlegung bei ihm geschehe, in 2. Les. wurde diese Befugniß indeß wieder beseitigt, Prot. 57, 948. Vgl. im Uebrigen zur Auslegung des Art. 39: R. 7. 18 (72); 15. 123 (434); Bu. 20. 341 (O.A.G. Berl.); Cl. u. A. 2. 224, 247; 3. 258; 4. 758; Keyßner Z. 10. 397 f. — Nach älterem französischem Recht brauchte die Vorlegung nur im Geschäftslokal zu erfolgen, Bornier, Comm. zur Ord. tit. 3 art. 10. Ueber den Co. s. Zus. I.

[66]) E.G. zur Civ.Pr.Ordn. § 13[2].

[67]) Civ.Pr.Ordn. 320, 399. Mit Rücksicht auf die durch die Versendung entstehende Störung des Geschäftsbetriebs, sowie auf die bedenklichen Folgen eines Verlustes, wird eine derartige Ausnahme häufig gerechtfertigt sein.

[68]) Im Co. wird die Vorlegung représentation, die vollständige Mittheilung communication genannt, ebenso schon in der Ord. du comm. tit. 3 art. 9, 10.

[69]) Art. 40. — Uebereinstimmend Co. 14; andere fremde Gesetzgebungen s. Zus. I.

[70]) Art. 40 setzt nicht nothwendig ein Streitverfahren voraus; liegt ein sol-

Digitized by Google

zu halten, jährlich ein mit seiner Unterschrift versehenes Inventar zu errichten, die eingehenden Handelsbriefe zu sammeln, sowie Aufzeichnungen zehn Jahre lang aufzubewahren. Die nothwendigen Bücher sind: a) Das Journal, welches Tag für Tag die Forderungen und Schulden des Prinzipals, seine Handelsunternehmungen, die Accepte und Giro's, die er gegeben, sowie alle Ein- und Ausgänge verzeichnen soll. Die Haushaltungskosten sind in monatlichen Uebersichten zusammenzustellen. b) Das Inventarienbuch; c) das Kopierbuch. — Die drei genannten Bücher sollen amtlich foliirt, parafirt und visirt werden, für die beiden ersten ist überdies jährliche Erneuerung der Parafirung und Visirung vorgeschrieben. Sind in Betreff der gesetzlich nothwendigen Bücher die Formvorschriften nicht beobachtet, so sind sie überhaupt nicht als Beweismittel verwerthbar, sonst können ordnungsmäßig geführte Handelsbücher unter Kaufleuten in Handelssachen (pour faits de commerce) als Beweis zugelassen werden, indeß steht es durchaus im richterlichen Ermessen, ob und in welchem Maß dieselben im einzelnen Fall als beweiskräftig anzusehen sind. Nichtkaufleuten gegenüber können die Handelsbücher höchstens bis zum Erfüllungseide beweisen, nur dann, wenn der Gegner des Kaufmanns sich auf die Handelsbücher desselben beruft, muß er deren Inhalt auch gegen sich gelten lassen. In Bezug auf die Produktion der Handelsbücher wird wie nach dem deutschen H.G.B. zwischen Vorlegung des den Streitpunkt betreffenden Theils (représentation) und vollständiger Mittheilung (communication) unterschieden. Abweichend ist nur, daß erstere auch ohne Parteiantrag verfügt werden kann, und daß die Folge der Editionsweigerung nicht die vollständige Beweisfälligkeit, sondern höchstens Auferlegung eines nothwendigen Eides an die Gegenpartei ist. Befinden sich die Bücher nicht an dem Ort des Prozeßgerichts, so kann eine kommissarische Beweisaufnahme angeordnet werden. — Im Falle der Insolvenz treten bei nicht ordnungsmäßiger Buchführung Bankeruttstrafen ein. — 2) Belgien I. 16—24. Die wesentlichste Verschiedenheit vom Co. besteht darin, daß die obrigkeitliche Kontrole über die Buchführung auf ein geringeres Maß beschränkt ist. Amtliche Foliirung findet überhaupt nicht statt, die Parafirung und Visirung ist nur für das Journal und das Inventarienbuch erforderlich und auch hier bedarf es keiner jährlichen Erneuerung. Das Parafiren kann durch Aufdrücken des Amtssiegels ersetzt werden. Bankeruttstrafen Buch III art. 574[6], 577[1,3]. — 3) Italien art. 16—27, 701[6], 703; cod. civile 1328. — Nur für das Journal ist eine jährliche Erneuerung des Visums erforderlich. Bei den Handelsgerichten sollen die Namen der Kaufleute, die ihre Bücher der

---

ches vor, so kann die Mittheilung der Bücher im Wege der Prozeßleitung angeordnet werden; ist aber die Verpflichtung hierzu unter den Parteien bestritten, so muß darauf erkannt werden, Cl. u. A. 4, 723, 732, vgl. auch 4. 576; 1. 51. — Der Commis intéressé kann die Mittheilung der Bücher auf Grund des Art. 40 nicht beanspruchen, R. 18. 1 (1); 17. 59 (275); Cl. u. A. 3. 329. Mittheilung der Bücher eines Gesellschafters, in denen außer den Societätsgeschäften auch die auf sein Einzelgeschäft bezüglichen Vorfälle gebucht sind, R. 7. 18 (77). Ueber den Fall des Konkurses vgl. auch R.Konk.Ordn. 112—114, österr. Konk.Ordn. § 195, 205. Nicht gerechtfertigt ist die Z. 11. 135 (Nürnb. 65) gezogene Analogie auf den Exequenden, gegen den fruchtlos die Exekution vollstreckt ist; vgl. jetzt Civ.Pr.Ordn. 711.

Digitized by Google

Behörde vorgelegt haben, in ein besonderes Register eingetragen werden. Im Uebrigen besteht Uebereinstimmung mit dem Co. — 4) Holland 6—13, dazu burgerl. wetb. 1919, schließt sich ebenfalls an das franz. Recht an, aber doch mit weiter gehenden Abweichungen als die beiden vorigen Gesetzbücher. Zu erwähnen ist in dieser Hinsicht: a) Die Verpflichtung in Betreff der Inventur ist dahin modificirt, daß der Kaufmann in den ersten sechs Monaten des Jahres einen Vermögensstatus nebst Bilanz zu errichten hat. b) Es fehlt an einer besonderen Bestimmung über die Buchung der Haushaltungsunkosten, dieselben sind demnach gleich allen übrigen Ausgaben am Tage ihres Ausganges in das Journal einzutragen. c) Es findet keine behördliche Beglaubigung der Handelsbücher statt, die Aufbewahrungsfrist dauert 30 Jahre. d) Beweiskraft haben auch unter Kaufleuten die Handelsbücher nur in Ansehung solcher Geschäfte, deren Existenz im Allgemeinen feststeht. Durch ordnungsmäßig geführte Handelsbücher kann alsdann der Zeitpunkt des Abschlusses und der Erfüllung, Beschaffenheit, Quantität, Preis der Waaren erwiesen werden; Kopierbücher beweisen die Absendung der Handelsbriefe. Der Beweis ist an sich ein vollständiger, doch kann die Gegenpartei eidliche Bestärkung fordern. e) Die Mittheilung des Gesammtinhaltes der Handelsbücher kann außer den im Co. anerkannten Fällen auch seitens des Präponenten eines Faktors oder Disponenten bezüglich der von diesen geführten Bücher beansprucht werden. Wird die vom Richter angeordnete Vorlegung der Bücher verweigert, so entsteht eine Vermuthung zum Nachtheil des Weigernden, der Richter kann der Gegenpartei den Eid auferlegen. — 5) Sehr ausführliche Bestimmungen enthält Spanien 32—61, auch 1006 und 1007. Aus denselben ist Folgendes hervorzuheben: Zu den drei nach französischem Recht erforderlichen Büchern kommt als ein viertes, dessen Führung ebenfalls vorgeschrieben ist, das Hauptbuch oder Riskontro (libro mayor ó de cuentos corrientes) hinzu. Die Bücher sollen in spanischer Sprache geführt werden, gebunden, foliirt und mit Ausnahme des Kopierbuches parafirt sein. Die jährliche Erneuerung der Parafirung fällt fort. Die Aufbewahrungsfrist währt, so lange der Geschäftsbetrieb dauert. Im Inventarienbuch ist das Inventar zur Zeit des Geschäftsbeginns voranzustellen, darauf soll jährlich eine einen vollständigen Vermögensstatus enthaltende Generalbilanz folgen. Die Haushaltungsunkosten sind bei ihrem Ausgang im Journal zu buchen und demnächst auf ein besonderes Conto im Hauptbuch zu übertragen. Privileg der Kleinkaufleute, oben S. 198. Wer zur Buchführung außer Stande ist, muß für die Ernennung eines geeigneten, in das Handelsregister einzutragenden Vertreters sorgen. Nichtbeobachtung der vorstehenden Bestimmungen zieht abgesehen von den Fällen, in denen der Thatbestand einer strafbaren Handlung vorliegt, regelmäßig Geldbußen nach sich. Ordnungsmäßig geführte Handelsbücher liefern unter Kaufleuten in Handelssachen vollständigen Beweis bis zum Gegenbeweis. Stehen die Bücher der Parteien mit einander in Widerspruch, so hat, falls sie beiderseits ordnungsmäßig geführt sind, der Richter von diesem Beweismittel ganz abzusehen. Zwischen Vorlegung und Mittheilung der Bücher wird ebenso unterschieden wie nach dem Co., nur fehlt es an einer Bestimmung für den Fall der verweigerten Vorlegung. — 6) Portugal 218—231, 248, 948—53, 1148—50. Die Verpflichtungen des Kaufmannes sind ebenso geordnet wie im holländ. G.B., nur soll die Bilanz in den ersten drei Monaten des Jahres aufgestellt werden. Beweiskräftig sind nur in portug. Sprache geführte Bücher. In Bezug auf das

Digitized by Google

Maß der Beweiskraft schließt sich das port. G.B., sofern es sich um einen Beweis gegen Kaufleute handelt, dem span. Recht an (art. 224, durch 948 ff. erläutert), während Nichtkaufleuten gegenüber das holländ. Recht zum Vorbild gedient hat. Ebenso sind die Bestimmungen über Vorlegung und Mittheilung der Bücher dem holländ. G.B. entlehnt. Privileg der Kleinkaufleute und Verpflichtung zur Bestellung und Registrirung eines Bevollmächtigten seitens des nicht selbst die Buchführung besorgenden Prinzipals wie nach spanischem Recht. — 7) Ungarn 25—36 weicht vom D. H.G.B., abgesehen von redaktioneller Verschiedenheit, nur darin ab, daß a) die Handelsbücher parafirt sein müssen; b) daß die Wirkung des unvollständigen Beweises ordnungsmäßig geführten Handelsbüchern in der Regel bei allen Streitigkeiten, die aus Handelsgeschäften entspringen, also auch Nichtkaufleuten gegenüber zukommt, dafür aber c) die Beweiskraft gegen Kaufleute auf zehn, gegen Nichtkaufleute auf zwei Jahre, vom Tage der streitigen Eintragung an gerechnet, begrenzt ist. — Handelsbücher in England Z. 23 Beil.heft S. 149.

II. Entwürfe. 1) W. 34—51, 54—59 (Motive S. 50 ff.); Er. Tit. 2 Art. 4—18; (Motive S. 45 ff.); Om. 47—77, Or. 51—77 stehen sämmtlich insofern auf dem Standpunkt des französischen Rechts, als sie die Führung bestimmter Bücher für obligatorisch erklären; W. und Er. schließen sich auch in Bezug auf die Zahl der nothwendigen Bücher mit geringen Modifikationen dem Co. an, während die beiden österr. Entwürfe außerdem noch ein Riskontro vorschreiben. Die beiden letzteren fordern amtliche Beglaubigung der Blattzahl; Er. und W. folgen in dieser Beziehung dem holländ. Recht. Die Aufbewahrungsfrist ist in Er. und W. auf dreißig, in Om. und Or. auf zehn Jahre normirt. Eine ausdrückliche Bestimmung über die Sprache, in der die Bücher zu führen sind, enthalten Om. 57, Or. 61. Nach W. 54 und Om. 62 ziehen Ordnungswidrigkeiten in der Buchführung Geldstrafen nach sich. In Bezug auf den Beweis durch die Handelsbücher stimmt Er. 13 mit dem franz. Recht, nur ist die Beweiskraft nicht auf Streitigkeiten unter Kaufleuten beschränkt, die drei anderen Entwürfe enthalten sämmtlich detaillirtere Beweisregeln. Mittheilung und Vorlegung der Handelsbücher sind in W. und Er. wesentlich ebenso wie im Co. geregelt, Or. und Om. kennen nur eine Vorlegung auf Antrag des Gegners, ohne über die Folgen der verweigerten Edition Bestimmung zu treffen. Weitere Einzelheiten s. oben in den Anmerkungen. — 2) Pr. 29—38 (Motive S. 19—26) hat die Verpflichtung zur Führung bestimmter Bücher ganz fallen lassen, selbst das Kopierbuch ist nicht unbedingt erforderlich. An die Spitze gestellt ist der in unserem Art. 28[1] enthaltene Grundsatz. Auch sonst stimmt der Inhalt von Pr. zum größten Theil mit dem H.G.B. überein. Hauptverschiedenheiten sind außer der eben erwähnten: a) Für die Beweiswürdigung wird das Prinzip des Co. zu Grunde gelegt. Der Richter kann eidliche Bestärkung des Inhaltes der Bücher, und zwar an Stelle des Prinzipals auch von dem Handlungsgehülfen, der die Bücher geführt hat, fordern. b) Die Vorlegung der Bücher kann, wie nach französischem Recht, auch ohne Antrag einer Partei vom Richter angeordnet werden; bei verweigerter Vorlegung ist es in das Ermessen des Richters gestellt, ob er der Gegenpartei den Eid auferlegen oder ohne Weiteres den Beweis zum Nachtheil des Weigernden als geführt ansehen will. c) Es ist keine unserem Art. 39 entsprechende Bestimmung vorhanden. Von diesen Differenzen hat E. I 29—40 die erste und dritte, E. II 27—39 auch die zweite

Digitized by Google

beseitigt. E. I zeigt noch mannigfache redaktionelle und untergeordnete sachliche Abweichungen vom H.G.B.; E. II enthält bis auf den noch fehlenden dritten Abs. unseres Art. 29 bereits vollständig den Wortlaut des jetzigen Textes. Vgl. Prot. 44—60, 99, 932—948, 4527.

III. a) Die Bestimmungen der Einführungsgesetze, die sich auf die Beweiskraft der Handelsbücher gegen Nichtkaufleute beziehen (Zusammenstellung bei v. Hahn S. 151 f.) sind für das deutsche Reich durch das E.G. zur R.Civ.Pr.O. aufgehoben, oben S. 297. Dasselbe gilt von den Vorschriften, welche die Beweiskraft der Bücher von Minderkaufleuten betreffen, v. Hahn S. 150. Noch in Geltung sind die bezüglichen Bestimmungen des österr. E.G.'s, welches in beiden Fällen das im Art. 34 festgesetzte Maß der Beweiskraft, aber nur auf die Dauer von einem Jahr und sechs Monaten gewährt. Mit der gleichen Einschränkung beweisen die Bücher der österr. Genossenschaften, österr. Genoss.ges. § 22[2]. b) Selbstverständlich sind die bei v. Hahn S. 162[1] mitgetheilten Bestimmungen einiger E.gesetze, daß die Verpflichtung zur Mittheilung der Handelsbücher aus Gründen des öffentlichen Rechts oder in Strafsachen durch Art. 40 H.G.B.'s nicht berührt wird (vgl. zu den dort angef. auch E.G. von Großh. Hessen 29[2], Hessen-Homb. 27[2]; für das Strafverfahren kommt in dieser Hinsicht gegenwärtig D. Str.Pr.O. 94 ff. in Betracht. c) Nach einer bemerkenswerthen, aber vereinzelt dastehenden Vorschrift in § 22 österr. E.G.'s sollen „die auf der Grundlage der Gegenseitigkeit beruhenden gesetzlichen Vorschriften über die Beweiskraft der Handelsbücher in den Beziehungen zu anderen Staaten" bestehen bleiben. Vgl. über die betr. Bestimmungen des österr. Rechts Blaschke, Erl. zum H.G.B. 3. Aufl. S. 64. Im deutschen Reich ist die Frage, ob für die Beurtheilung der Beweiskraft ausländischer Handelsbücher das Recht des Prozeßortes oder das Recht des Ortes der Handelsniederlassung maßgebend ist, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Die Entscheidung ist von der Vorfrage abhängig zu machen, ob die betreffenden Vorschriften des jus fori dem materiellen Recht angehören oder lediglich prozessualische Bedeutung haben. Nur wenn man ersteres annimmt, ist Veranlassung vorhanden, das fremde Recht in Betracht zu ziehen. Daß diese Annahme für den nach der D. Civ.Pr.O. auf die Handelsbücher anwendbaren Grundsatz freier Beweiswürdigung keine Berechtigung hat, liegt auf der Hand. Demnach findet im Geltungsgebiet derselben auch auf die ausländischen Handelsbücher § 259 Anwendung. Nur wird der inländische Richter, wenn es sich um die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung handelt, die bezüglichen Vorschriften des fremden Rechts zu berücksichtigen haben. Auch können die Bestimmungen des ausländischen Rechts über das Maß der Beweiskraft insofern auf seine Beurtheilung von Einfluß sein, als sich daraus ergiebt, ob und inwieweit der Beweisführer Veranlassung hatte, sich neben den Handelsbüchern noch andere Beweismittel seines Anspruches zu sichern. Nach den hier dargelegten Gesichtspunkten bestimmt sich auch das Verhältniß der Civ.Pr.O. zum früheren Recht. Vgl. hierzu Seu. 1. 132 (O.A.G. Kassel 26); 11. 194; Z. 8. 559 (Darmst. 56, 63); Entsch. des Pr. O.Tr.'s Bd. 11 S. 345; 50 S. 362; 52 S. 217; Z. 14. 495 (O.Tr. Stuttg. 61); 20. 628 (O.A.G. Berlin 69); R. 2. 29 (126); 12. 30 (94); 15. 109 (393); Cl. u. A. 1. 13; 2. 137, 175; v. Bar, internation. Privatr. S. 456. — Vorlegung im Ausland geführter Handelsbücher R. 15. 123 (434); Cl. u. A. 2. 224; 4. 554.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Hülfspersonen und Hülfsinstitute.

§ 43.

Uebersicht.

I. Alle Personen, die einem Kaufmann bei Ausübung seines Handelsgewerbes behülflich sind, gehören zum Hülfspersonal desselben. Sie sind entweder Gehülfen im engeren Sinn oder selbständige Hülfspersonen, je nachdem sie in einem Dienstverhältniß zu einem Prinzipal stehen oder außerhalb eines solchen den Betrieb eines fremden Handelsgewerbes fördern. Der Begriff der selbständigen Hülfspersonen umfaßt die verschiedensten Arten kaufmännischer und nicht kaufmännischer Thätigkeit und entbehrt deshalb eines einheitlichen Charakters. Eine bestimmtere Bedeutung gewinnt er dann, wenn man ihn auf solche Personen einschränkt, deren Gewerbe darin besteht, als kaufmännische Hülfspersonen zu fungiren. Zu den selbständigen Hülfspersonen in diesem Sinn gehören insbesondere der Agent, der Handelsmäkler, der nicht beamtete Vermittler von Handelsgeschäften, der Kommissionär, Spediteur, Frachtführer. [1])

II. Ein der Hülfsthätigkeit verwandter Begriff ist der der kaufmännischen Stellvertretung. Die Stellvertretung ist eine Art der Hülfsthätigkeit, reicht aber andererseits über dieselbe hinaus, da im Handelsbetrieb auch eine durch die Prinzipale selbst bewirkte Stellvertretung vorkommt. Fälle dieser Art finden sich indeß nur bei den Handelsgesellschaften. Die Vertreter des Einzelkaufmannes sind stets Hülfspersonen, regelmäßig auch in einem Dienstverhältniß stehende Gehülfen desselben.

III. Mit Rücksicht hierauf soll im ersten Abschnitt dieses Kapitels die Lehre von den Gehülfen des Kaufmannes, im zweiten

[1]) Aber auch z. B. der Versicherer, die Inhaber von Speichern und Lagerhäusern u. dgl. m.

Digitized by Google

die kaufmännische Stellvertretung mit Ausschluß der den Handelsgesellschaften eigenthümlichen Arten derselben erörtert werden. Am Schluß des zweiten Abschnittes wird von den selbständigen Hülfspersonen der Agent besprochen werden, die Handelsmäkler sollen in Verbindung mit den Börsen im folgenden Abschnitt dieses Kapitels erörtert werden, während die Geschäfte der übrigen oben genannten Gewerbtreibenden im fünften Buch zu behandeln sind.

Zusatz. Das A.L.R.*) enthält im ersten dem H.R. gewidmeten Abschnitt (Th. II Tit. 8 Abschn. 7 „von Kaufleuten",) Bestimmungen über Faktoren und Disponenten, desgleichen über Handlungsdiener und Lehrlinge, § 520—554. Von den Mäklern ist am Schluß des eigentlichen Handelsrechts (Abschn. 10), von den Frachtführern am Ende des achten Titels (Abschn. 15: „von Fuhrleuten") die Rede. — Der Co. spricht weder von Handlungsgehülfen noch von Stellvertretern, in beiden Beziehungen ist lediglich das bürgerliche Recht maßgebend. Von Mäklern, Kommissionären, Spediteuren und Frachtführern handeln Buch 1 Tit. 5 und 6, den Mäklern geht ein kurzer Abschnitt über Börsen vorauf. Gleich dem Co. verhalten sich Holland, Italien, Belgien. — Eine eigene Stelle im System räumen den Hülfspersonen (agentes auxiliares) Spanien und Portugal ein (dort B. I Tit. 3, hier Th. I B. I Tit. 2). Ersteres rechnet dahin Mäkler, Kommissionäre, Faktoren und Handlungsdiener (mancebos de comercio), Frachtführer. Bei den Handelsmäklern wird gelegentlich auch der Börsen, am Schluß des letzten Abschnittes der Spediteure gedacht. — Port. schickt wie der Co. den Bestimmungen über Mäkler einen besonderen Abschnitt über Börsen voran und läßt die Kommissionäre an dieser Stelle fort; die Kommission wird in Verbindung mit dem Mandat erörtert Th. I B. 2 Tit. 12. Neben den Faktoren werden die caixeiros genannt, eigentlich so viel wie Kassirer bedeutend, hier aber im weiteren Sinne zu nehmen. Der letzte Abschnitt handelt von Spediteuren (commissarios de transportes) und Frachtführern. — Ungarn Th. I Tit. 5 und 6 entsprechen dem fünften und sechsten Tit. unseres ersten Buches; Kommission, Spedition, Fracht- und Maklergeschäft stehen im zweiten Theil („Handelsgeschäfte") Tit. 3—5 und 9. — Entwürfe. Er. schließt sich in der allein veröffentlichten ersten Abtheilung dem System des Co. an. Der auf die Handelsgesellschaften folgende Tit. 4 bestimmt über Börsen und Mäkler, Tit. 5 über Kommissionäre, Spediteure und Frachtführer. Der Tit. „vom Mandat", den das Vorwort für die zweite Abtheilung in Aussicht stellt, sollte vermuthlich auch Vorschriften über Handlungsvollmachten enthalten; ob und an welcher Stelle die Handlungsgehülfen Platz finden sollten, ist nicht ersichtlich. Eine vereinzelte hierher gehörige Bestimmung enthält Er. Tit. 1 Art. 8; s. unten § 51 Anm. 8. — W. handelt im 3. Tit. des ersten Buches („vom Handelsstande") „von den bei Ausübung des Handelsgewerbes vorkommenden Nebenpersonen." Das erste Kapitel „von den Handlungsbedienten", in sieben Abschnitte zerfallend, regelt sowohl die verschiedenen Arten der Handlungsvollmacht wie das Gehülfenverhältniß; Kap. 2 und 3 sprechen von Mäklern und Fuhrleuten. Kommissions-

*) Ueber die Systematik der hier erwähnten Gesetzbücher im Allgemeinen s. oben § 9 und 10.

Digitized by Google

und Speditionsgeschäft sind in den folg. Titel verwiesen („von einigen besonderen Arten, Handel zu treiben.") — Or. und Om. erörtern im sechsten Hauptstück (hinter den Handelsgesellschaften) „Handlungsbedienstete" das Dienstverhältniß, bezüglich dessen auf das bürgerliche Recht verwiesen wird, ferner Prokura und Handlungsvollmacht, darauf folgen Hauptst. 7—10: Kommissionäre, Spediteure, Frachter, Sensale. — Pr. Buch I Tit. 6 „von den Faktoren" und Tit. 7 „von den Handlungsgehülfen" scheinen unserem Tit. 5 und 6 zu entsprechen, indeß ergiebt sich aus den Bemerkungen v. Hahn's S. 163 f., daß dabei eine andere Auffassung zu Grunde lag, als im H.G.B.; es handelt sich dabei nicht sowohl um eine Gegenüberstellung des Vertretungs- und des Dienstverhältnisses als vielmehr um verschiedene Klassen von Hülfspersonen (vgl. Martens und Heise § 28, 29). Bereits in E. I ist aber der Standpunkt des H.G.B.'s zur Geltung gebracht. Auf diese beiden Titel folgt in Pr. als Tit. 8 ein aus zwei §§ bestehender Tit. „von den Börsen", der ebenfalls schon in 1. Les. durch den Stichentscheid des Vorsitzenden beseitigt worden ist, Prot. 109 ff. Daran schließen sich im Tit. 9 die Handelsmäkler. Vom Kommissions-, Speditions- und Frachtgeschäft ist wie bei uns in dem Buch „von den Handelsgeschäften" die Rede. (B. 3 Tit. 3—5.)

Erster Abschnitt.

Die Gehülfen des Kaufmanns.

§ 44.

Gehülfen im Allgemeinen. Handlungsgehülfen.[1])

I. Für die Gehülfen ist, wie hervorgehoben, das Dienstverhältniß charakteristisch. Das Wesen des Dienstverhältnisses besteht darin, daß dasselbe die Arbeitskraft des Verpflichteten in ihrem ganzen Umfang oder in einer bestimmten Richtung dem Dienstherrn (Prinzipal, Chef) dienstbar macht. Den Gegensatz bildet die Verpflichtung zu einer oder mehreren einzelnen Dienstleistungen[2]), dagegen steht die Beschränkung auf gewisse Arten von Dienstverrichtungen oder auf bestimmte Zeiten des Dienstes mit dem Begriff des Dienstverhältnisses nicht im Widerspruch, ebensowenig daß der dem Verpflichteten gewährte Lohn nach einzelnen Dienstleistungen bemessen wird.[3])

[1]) Literatur: Martens, Heise § 29; Brinckmann § 119; Mittermaier D. Pr.R. § 538; Thöl § 77—80; Endemann § 25, 26; Wendt in Endem.'s I Handb. § 64—67. — Pard. 1 No. 38; 2 No. 531—536; 4. 969 (p. 8: commis intéressé); Kist I. bl. 106 v.; Vidari I. No. 297 ss. Sonstige Literatur in den Anmerkungen dieses und der folgenden §§.

[2]) Uebereinstimmend Thöl § 77 S. 277.

[3]) Die Art der Vergütung kann von Bedeutung sein, sofern sie einen Rückschluß auf die entscheidende Absicht der Kontrahenten zuläßt. In gleicher Weise

Digitized by Google

II. Das Dienstverhältniß braucht nicht nothwendig auf einem Vertrag zu beruhen.[4]) Indeß ist der Vertrag nicht nur der häufigste Entstehungsgrund des Dienstverhältnisses, sondern auch der Fall, in welchem die beiderseitigen Rechte und Pflichten am klarsten hervortreten. Das H.G.B. versteht unter Handlungsgehülfen lediglich die in einem vertragsmäßigen Dienstverhältniß stehenden Personen.[5])

III. Der Begriff der Handlungsgehülfen bedarf aber noch weiterer Einschränkung. Nach den im Verkehr üblichen Anschauungen werden nicht zu demselben gerechnet: 1) Personen, deren Stellung zum Prinzipal sich zwar als ein Dienstverhältniß, nicht aber als das Verhältniß eines Untergebenen zu seinem Chef auffassen läßt[6]); 2) diejenigen, deren Dienste, wenngleich nicht für den Betrieb eines Handelsgeschäftes bestimmt, doch nicht kaufmännischer Natur sind. Das Gesetz gedenkt zwar der ersten Einschränkung überhaupt nicht und schließt in letzterer Hinsicht nur die Personen aus, die im Betrieb des Handelsgewerbes

---

können andere äußere Umstände in Betracht kommen, z. B. ob der Gehülfe im Geschäftslokal des Prinzipals oder außerhalb desselben, in eignen Räumen, thätig ist. Die s. g. Provisionsreisenden sind in der Regel keine Handlungsgehülfen, R. 1. 44 (149); 5. 24 (105); 9. 31 (104); 15. 111 (406); Z. 14. 526 (Hofger. Darmst. 65); Bu. 36. 177 (A.G. Leipzig 77); Prot. 4515. Ebenso nicht die gegen Provision angestellten ständigen Agenten, selbst wenn sie zu einem Handlungshaus in dauernde und ausschließliche Beziehung getreten sind, R. 16. 11 (38). Specialagenten von Versicherungsgesellschaften Bu. 23. 241 (A.G. Magdeb. 69). Seideninspektor zu Shanghai R. 7. 78 (301). — Aus dem früheren Recht ist die allerdings nicht auf Handlungs-, sondern auf Gewerbegehülfen bezügliche Entsch. des Berl. O.Tr.'s, Z. 8. 158, zu vgl. — Unterschied zwischen Handlungsgehülfen und Geschäftstheilnehmern Bu. 22. 456 (O.A.G. Jena).

[4]) Ein Gehülfenverhältniß kann sich aus der Beamtenstellung wie aus der Stellung des Vormundes oder Kurators ergeben. Ebenso kann familienrechtliche Abhängigkeit (Ehefrau, Haussohn), ja selbst negotiorum gestio ein gehülfenähnliches Verhältniß begründen, Thöl § 58. Indeß haben alle diese Fälle ihre besondere Struktur und es hat wenig Zweck, sie zu einem gemeinsamen Begriff zusammenzufassen. — Verhältniß der Post zu ihren Beamten, Z. 20. 604 ff.

[5]) Uebereinstimmend v. Hahn Vorbem. zu Tit. 5 und 6 § 6. Nicht genau ist dagegen die von ihm zu Art. 57 gegebene Definition: „Handlungsgehülfen sind Personen, welche in einem Handelsgewerbe angestellt sind, um kaufmännische Dienste zu leisten", vgl. auch Thöl § 77. Eine Anstellung im Handelsgewerbe ist möglich, ohne daß ein Dienstvertrag zu Grunde liegt, arg. Art. 50; vgl. auch Bu. 39. 195 (A.G. Leipzig 76). Ungenau ist auch die Definition in Pr. 52[1].

[6]) Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft R. 13. 64 (181); 19. 18 (58); 21. 121 (375).

Digitized by Google

Gesindedienste verrichten.[7]) Nach dem Inhalt seiner Bestimmungen ist jedoch anzunehmen, daß dasselbe in beiden Beziehungen dem herrschenden Sprachgebrauch gefolgt ist.[8]) Die Grenze zwischen kaufmännischen und nicht kaufmännischen Diensten ist nicht unter Zugrundelegung des im H.G.B. festgestellten Kaufmannsbegriffes, sondern in herkömmlicher Weise zu bestimmen.[9]) Nicht als Handlungsgehülfen

---

[7]) Art. 65. Eine genaue Begriffsbestimmung der Gesindedienste läßt sich nicht geben, vgl. Mot. zu Pr. 33. Personen, die derartige Dienste leisten, sind auch dann keine Handlungsgehülfen, wenn sie nicht zum Gesinde im Sinn des bürgerlichen Rechts gehören (Komptoirboten, Laufburschen, Aufwartefrauen im Preuß. Recht, Striethorst Bd. 88 S. 218). — Gegenüberstellung von Handlungsgehülfen und Gesinde außerhalb des Handelsrechts: Oppenhoff Rechtspr. Bd. 16 S. 493, 522, 523; Bd. 17 S. 18 (Handlungsgehülfen gelten nicht im Sinn von § 247 R.Str.G. als in Lohn oder Kost des Prinzipals stehend); R. 7. 113 (438: sind keine serviteurs im Sinn von Code de proc. 283); R.civ. 1. 79 (218: keine gens de service im Sinn von Code civ. 2101[4]; anders Bu. 22. 295; 39. 106). Oesterr. Prozeß: Bu. 24. 29 f.; 34. 328.

[8]) Dafür spricht nicht nur die allgemeine Interpretationsregel, daß nicht ohne Noth von dem gewöhnlichen Wortverstand abzuweichen ist, sondern auch die Erwägung, daß dieser im vorliegenden Fall offenbar rei gerendae aptior ist, L. 67 de R.J. Mehrere Bestimmungen des 6. Tit.'s passen nicht oder nur schlecht, wenn man den Begriff der Handlungsgehülfen nicht in obiger Weise einschränkt: Art. 59, 60, 61, ebenso nicht die im Art. 57 dem Ausdruck Handlungsgehülfen beigefügte Erläuterung: Handlungsdiener, Handlungslehrlinge. In dem Prot. wird auf die verkehrsübliche Bedeutung letzterer Ausdrücke besonders hingewiesen, Prot. 95.

[9]) Uebereinstimmend v. Hahn zu Art. 58; v. Völdernd. I S. 416; Gotter: Bu. 11. 56; a. M. Thöl H.R. § 78; Praxis des H.R.'s S. 40—49; Wendt in Endem.'s Handb. I S. 249 ff. Der im Text vertretenen Ansicht entspricht die Praxis des R.O.H.G.'s und des Reichsgerichts. In den bezüglichen Entsch. werden nicht als Handlungsgehülfen betrachtet: der Koch eines Restaurateurs, der Kellner, der Zuschneider im Kleidergeschäft, der lediglich mit dem technischen Betrieb betraute Werkmeister einer Fabrik, wohl aber (im konkreten Fall) ein Bernsteinsortirer, Fabrikdirektoren, die nicht blos mit der Beaufsichtigung des technischen Betriebs, sondern auch z. B. mit der Auszahlung von Arbeitslöhnen zu thun haben, R. 10. 66 (297); 24. 68 (270); 21. 6 (16); 9. 92 (306); 11. 119 (387); 14. 41 (114); 17. 66 (307); 18. 6 (24); R.civ. 1. 97 (268). — Die frühere Praxis schwankte. In obigem Sinn Z. 14. 528 (Nürnb. 66); 21. 558 (A.G. Köln 69); Bu. 23. 241 (K.G. Berlin 71); neuerdings Bu. 41. 199 (Karlsruhe 80). Dagegen Bu. 5. 312 (Nürnb. 64); Z. 14. 529 (O.A.G. Rostock 68); Bu. 30. 161 (H.A.G. München). Speciell über das Verhältniß der Zeitungsredakteure zum Verleger Bu. 18. 393; 22. 254, auch 13. 39; 14. 122. Berichterstatter R. 14. 7 (23). Als ausschlaggebend wird vom R.O.H.G. „die kaufmännische Signatur" der Dienste betrachtet und danach außer der Mitwirkung

Digitized by Google

sind hiernach zu betrachten die Gewerbegehülfen (Handwerksgehülfen, Fabrikarbeiter), sowie alle Personen, deren Dienste ausschließlich oder vorwiegend literarischer, wissenschaftlicher, künstlerischer, technischer Natur sind. [10]) Auf Handwerksgehülfen und Fabrikarbeiter finden die Vorschriften der Reichs-Gewerbeordnung Anwendung. [11])

IV. Die Handlungsgehülfen sind entweder Handlungsdiener (Commis) oder Handlungslehrlinge. [12]) Die besondere Stellung des Lehrlings beruht darauf, daß er durch seine Thätigkeit im Gewerbe des Prinzipals die Handlung erlernen soll. Dieser Zweck seiner Thätigkeit bestimmt den Inhalt des Rechtsverhältnisses. [13]) Die Begrenzung der Handlungsgehülfen gilt auch für die Lehrlinge. So

---

bei Handelsgeschäften (Stellvertretung, Vermittlung) namentlich Buchführung und Korrespondenz hierher gerechnet. Diesem Prinzip ist, wenngleich dasselbe in einzelnen Fällen Zweifel übrig läßt, durchaus zuzustimmen. Die gegen dasselbe gerichteten Ausführungen Thöl's sind nicht überzeugend, insbesondere nicht sein Hauptgrund, daß die Konsequenz der obigen Ansicht dahin führe, auch bei dem Kaufmann, der Alles allein besorgt, zu unterscheiden zwischen seiner kaufmännischen und seiner sonstigen gewerblichen Thätigkeit. Eine derartige Unterscheidung ist, sofern ein mehrfacher Gewerbebetrieb stattfindet, in der That zu machen, oben § 24 Anm. 5.

[10]) Werden dieselben Personen zu kaufmännischen und zu nichtkaufmännischen Diensten verwendet, so kommt es darauf an, welche Kategorie der Dienstleistungen überwiegt. Ladenmädchen Seu. 24. 140 (O.Tr. Berl. 68); Bu. 17. 197; bayer. wichtige Entsch. Bd. 3 S. 11; Kellner und Kellnerinnen s. vor. Anm., aber auch Bu. 5. 312 (Nürnb. 64). Der vom Eigenthümer eines Flußschiffes angestellte Schiffer wird Bu. 17. 194 (O.Tr. Berlin 68) mit Unrecht zu den Handlungsgehülfen gezählt.

[11]) R.Gew.Ordn. (nach dem durch das G. v. 17. Juli 1878 geänderten Text) § 105—120. a (allgemeine Verhältnisse der gewerblichen Arbeiter), § 121—125 (Gesellen und Gehülfen), § 126—133 (Lehrlinge), § 134—139. b (Fabrikarbeiter). Nach § 154 finden die § 105—133 auf „die Gehülfen und Lehrlinge in Apotheken und Handelsgeschäften" keine Anwendung. Die Gehülfen in Handelsgeschäften sind gleichbedeutend mit den Handlungsgehülfen des H.G.B.'s. (Im ursprünglichen Text § 126 hieß es ungenauer: „Gehülfen und Lehrlinge der Apotheker und Kaufleute.") Zur Erläuterung der gedachten Bestimmungen Stobbe D.Pr.R. 188 f., Mandry civilr. Inh. der Reichsges. § 33 f.; Thöl § 81—85; Wendt in Endem.'s Handb. I § 68. — Die Rechtsverhältnisse aller anderen nicht zu den Handlungsgehülfen gehörigen Gehülfen bestimmen sich in Ermangelung von Handelsgebräuchen nach dem bürgerlichen Recht.

[12]) Art. 57. Die Eintheilung soll erschöpfend sein.

[13]) Thöl § 80, auch unten § 47. Lehrling als Handlungsbevollmächtigter Bu. 39. 107 (O.Tr. Berlin 78).

Digitized by Google

wenig alle Gehülfen eines Kaufmannes Handlungsgehülfen, sind alle Lehrlinge desselben Handlungslehrlinge.[14])

Die Handlungsdiener führen nach der Verschiedenheit ihrer Dienstverrichtungen zum Theil besondere Bezeichnungen[15]), ohne daß indeß die rechtliche Beschaffenheit des Dienstverhältnisses hierdurch berührt wird. In dieser Hinsicht ist auch darauf kein Gewicht zu legen, ob sie als Stellvertreter des Prinzipals beim Abschluß von Rechtsgeschäften oder lediglich zu faktischen Dienstleistungen im Innern des Geschäftes verwendet werden.[16])

§ 45.

Handlungsdiener.

I. Der Vertrag, durch welchen das Verhältniß des Handlungsdieners begründet wird, der Dienst- oder Engagementsvertrag, ist stets Handelsgeschäft, in der Regel aber nur auf Seite des Prinzipals.[1]) Auf denselben finden daher die allgemeinen Grundsätze

---

[14]) Ein Kaufmann im Sinn des H.G.B.'s kann auch Handwerkslehrlinge haben.

[15]) Buchhalter, Korrespondent, Kassirer, Disponent u. s. w., dazu besondere Bezeichnungen für die speziellen Handelszweigen angehörigen Handlungsgehülfen. Zum Theil weisen die vorstehenden Namen zugleich auf kaufmännische Vollmachten hin.

[16]) Ueber den abweichenden Standpunkt von Pr. s. Zus. zu § 43. Nach dem H.G.B. gehört die Vertretungsbefugniß nicht zum Begriff des Handlungsgehülfen, steht aber auch mit demselben nicht im Widerspruch. Nur dies ist gegenwärtig im Art. 58 ausgesprochen. (Der entsprechende Art. 53 Pr. hatte eine andere Bedeutung, vgl. oben Zus. zu § 43). R. 7. 78 (300); Z. 14. 526 (Hofgericht Darmst. 65). — Nicht vereinbar mit Art. 58 ist es, wenn das bürgerliche Recht den Handlungsgehülfen als solchen oder gewissen Kategorien derselben eine s. g. vermuthete Vollmacht zuschreibt, wie z. B. das Preuß. L.R. den Buchhaltern R. 10. 17 (98); a. M. Z. 23. 265 (K.G. Berlin 73). Der Hauptfall, in welchem die vermuthete Vollmacht zur Geltung kam, die Zulassung des vermutheten Bevollmächtigten als Prozeßmandatar, hat durch die D. C.Proz.O. aufgehört, praktisch zu sein.

[1]) Oben S. 134. Die Möglichkeit, daß der Engagementsvertrag ein zweiseitiges Handelsgeschäft ist, ist nicht unbedingt ausgeschlossen. Ein derartiger Fall würde vorliegen, wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit seines Engagements bereits Kaufmann ist und den Dienstvertrag im Interesse seines Handelsgewerbes abschließt, was, wenn auch schwerlich jemals praktisch, doch nicht undenkbar ist, Art. 59, 56[2]. — Auch die Verträge mit anderen Hülfspersonen als Handlungsgehülfen sind auf Seite des Prinzipals Handelsgeschäfte, wenn der Vertrag von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes geschlossen ist, oben S. 134, s. auch Bu. 11. 244 (O.Tr. Berlin 66); R. 14. 22 (50).

Digitized by Google

über Handelsgeschäfte nach Maßgabe des Art. 277 Anwendung. Insbesondere gilt für ihn die Zulässigkeit formlosen Abschlusses. [2])

Die Fähigkeit zur Eingehung von Dienstverträgen bestimmt sich auf Seite des Prinzipals nach den § 32—35 erörterten Grundsätzen. An den Handlungsgehülfen sind nicht durchweg dieselben Anforderungen zu stellen. Die Einschränkungen der Befugniß zum selbständigen Gewerbebetrieb, die oben als subjektive Beschränkungen der Handelsfreiheit bezeichnet worden sind [3]), stehen der Uebernahme einer Dienststellung im Allgemeinen nicht entgegen. Ausnahmen finden statt: a) nach der Reichs-Gewerbeordnung, falls ein stehender Gewerbebetrieb durch Stellvertreter ausgeübt wird. Dieselben müssen in ihrer Person den für selbständige Gewerbtreibende aufgestellten Erfordernissen genügen. [4]) Ebenso sind b) beim Gewerbebetrieb im Umherziehen die gesetzlichen Bedingungen von Jedem zu erfüllen, der im Sinn des Gesetzes im Umherziehen, gleichviel ob in eigenem Namen oder als Vertreter oder als Gehülfe eines Anderen thätig ist [5]); c) den Handelsmäklern ist untersagt, zu einem Kaufmann in das Verhältniß eines Handlungsgehülfen, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten zu treten. [6]) Der Einfluß dieser Bestimmungen auf den Bestand eines denselben zuwiderlaufenden Dienstvertrages bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. [7])

Willensfähigkeit ist auch auf Seite des Handlungsgehülfen erforderlich. Ist der Handlungsgehülfe nicht fähig, sich vertragsmäßig zu verpflichten, so bedarf er der Zustimmung seines Vormundes oder

---

[2]) Oben a. a. O. Anwendung des Art. 278 auf die Auslegung von Engagementsverträgen R. 17. 5 (15); Bu. 4. 326 (A.G. Breslau). — Ueber die Frage, ob das H.G.B. auf die vor der Einführung desselben abgeschlossenen Engagementsverträge Anwendung findet, wenn das Dienstverhältniß unter seiner Herrschaft fortgesetzt ist, Bu. 3. 83; 5. 249; 6. 27; 14. 403 (Stadtger. Berlin 63; O.Tr. Berlin 64, 68).

[3]) Oben S. 151 f.

[4]) R.Gew.O. § 45: Die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetrieb können durch Stellvertreter ausgeübt werden; diese müssen jedoch den für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen entsprechen. — Die Bestimmung bezieht sich weder allein auf Handlungsgehülfen noch auf alle Handlungsgehülfen. Auch Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen sind nicht immer Stellvertreter im Sinn des § 45.

[5]) R.Gew.O. § 55 ff.

[6]) H.G.B. 69 [2].

[7]) Für das gemeine Recht vgl. Windscheid § 264, 315.

Digitized by Google

Gewalthabers. [8]) Dieselbe kann ausdrücklich oder stillschweigend, speziell oder generell ertheilt werden. Die generelle Ermächtigung enthält zugleich die Befugniß, das eingegangene Dienstverhältniß zu kündigen. Im Zweifel ist auch die zur Eingehung eines einzelnen Dienstverhältnisses ertheilte Ermächtigung generell zu deuten. [9]) Die Wirkungen eines von einem Willensunfähigen ohne Genehmigung des Vormundes oder Gewalthabers abgeschlossenen Dienstvertrages ergeben sich aus dem bürgerlichen Recht. [10])

II. Der Dienstvertrag ist ein wesentlich zweiseitiger Vertrag. Der Leistung des Gehülfen muß eine Gegenleistung des Prinzipals entsprechen; ganz ohne Vergütung geleistete Dienste begründen nicht die Stellung des Handlungsgehülfen. [11]) Indeß brauchen weder über Art und Umfang der zu leistenden Dienste noch über die vom Prinzipal zu gewährende Vergütung besondere Abmachungen im Vertrage enthalten zu sein [11a]); beim Fehlen einer Uebereinkunft entscheidet in beiden Beziehungen der Ortsgebrauch [12]), oder falls ein solcher nicht

---

[8]) Für Ehefrauen gilt in diesem Fall nicht der Grundsatz des Art. 7 [1]. Ihre Fähigkeit zur Eingehung von Dienstverträgen, mit oder ohne Zustimmung des Ehemannes, ist nach bürgerlichem Recht zu bestimmen. Den einmal ertheilten Konsens kann der Ehemann nicht willkürlich zurückziehen.

[9]) Preuß. G. vom 12. Juli 1875, betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger § 6. Uebereinstimmend im gemeinen Recht. Die allgemeine Ermächtigung, auf welche aus der Genehmigung des einzelnen Dienstverhältnisses geschlossen wird, erstreckt sich nur auf andere gleichartige Dienst- und Arbeitsverhältnisse. — Ueber Beschränkung und Rücknahme der ertheilten Genehmigung vgl. den geb. § 6 und Dernburg Vormundschaftsrecht S. 100 f. (1. Aufl.). Das hier Bemerkte findet übrigens auch auf die ehemännliche Genehmigung Anwendung.

[10]) So lange die Genehmigung fehlt, ist der Vertrag ein contractus claudicans. Für Preußen kommt hierbei gegenwärtig § 4 des angef. Gef. in Betracht, dazu Dernburg a. a. O. S. 95. Ratihabition des von einem Minderjährigen abgeschlossenen Dienstvertrages nach erreichter Großjährigkeit R. 17. 29 (115).

[11]) Die Entgeltlichkeit in obigem Sinn gehört zum Wesen, nicht blos zu den regelmäßigen Bestandtheilen des Dienstvertrages; a. M. Bu. 1. 79 f. (Busch), Wendt in Endem.'s Handb. I S. 253; unbestimmt v. Völdernd. S. 416.

[11a]) Eine Verabredung über ein bestimmtes Gehalt kann nicht darin gefunden werden, daß der Prinzipal dem Gehülfen ein solches in den Büchern zuschreibt und daß dieser hierzu stillschweigt. Selbst wenn der Handlungsgehülfe von der Gutschrift Kenntniß erhalten haben sollte, folgt aus seinem Stillschweigen keine Genehmigung, so lange ihm nicht direkte Veranlassung zu einer Aeußerung z. B. durch Mittheilung eines Auszuges aus den Büchern gegeben ist, Z. 8. 158 (A.G. Köln 63).

[12]) Art. 57. Bu. 25. 388 (H.G. Lübeck 71); 40. 255 (Nürnb. 73); vor dem

Digitized by Google

besteht, richterliches Ermessen. [13]) Der nothwendige Inhalt der Vertragsberedung beschränkt sich mithin auf die gegenseitige Willenserklärung über die Eingehung des Dienstverhältnisses. [14])

Die Vergütung für die Dienste des Handlungsgehülfen ist meist ein auf einen bestimmten Geldbetrag festgesetztes Gehalt. [15]) Andere Arten der Vergütung, neben dem Gehalt oder statt desselben vorkommend, sind vorzugsweise: Gewährung von Naturalleistungen (freier Station und ähnlichen Emolumenten) [16]), Belohnung einzelner Dienstleistungen, namentlich als Provision für die durch den Gehülfen zu Stande gebrachten Geschäfte, Zusicherung einer Tantième vom Geschäftsgewinn (s. g. Commis intéressé). [17]) Für den Rechtscharakter des Dienst-

---

H.G.B. Z. 14. 533 (Wiesbaden 51). — Der Ortsgebrauch ist der Handelsgebrauch des Ortes, an welchem das Dienstverhältniß seinen Sitz hat, d. h. regelmäßig des Ortes, an welchem sich die Handelsniederlassung des Prinzipals befindet. Ausnahmsweise wird, wenn der Handlungsgehülfe ständig an einem anderen Ort thätig ist, dieser als der Sitz des Vertragsverhältnisses anzusehen sein. — Der Ortsgebrauch dient hier zur Ergänzung eines nicht vollständigen oder nicht vollständig geäußerten Vertragswillens, braucht mithin kein Handelsgewohnheitsrecht zu sein, oben S. 80 f. Jeder Handelsgebrauch, der in Bezug auf die Natur der Dienste oder die Ansprüche der Handlungsgehülfen an dem betreffenden Ort besteht, ist ein Ortsgebrauch im Sinn des Art. 57; es ist nicht nöthig, daß er auf diesen Ort beschränkt sei. Andererseits können an demselben Ort für verschiedene Handelszweige verschiedene Ortsgebräuche bestehen.

[13]) Das richterliche Ermessen kann sich auf ein Gutachten Sachverständiger stützen. Indeß ist der Richter weder genöthigt, ein solches einzuholen, noch, wenn er dies thut, an dasselbe gebunden. — Sind nach den Landesgesetzen andere Behörden als die Gerichte für die Streitigkeiten zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen zuständig, so tritt deren Ermessen an die Stelle des richterlichen. Prot. 964, 4519 (Ablehnung des Antrages Nr. 86). Auch nach dem G.V.G. § 14 [4] sind derartige Sondergerichte statthaft. Vgl. E.G. zur C.Pr.O. § 3 [2].

[14]) Vgl. über das auf die Dienstverträge zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen subsidiär anwendbare Recht Voigtel, Bu. 13. 337 ff. (nicht frei von Mißverständnissen.) — Zu den am häufigsten vorkommenden Nebenabreden beim Dienstvertrag gehört das regelmäßig durch Konventionalstrafe gesicherte Verbot, nach Beendigung der Dienstzeit ein Konkurrenzgeschäft zu beginnen oder in ein solches einzutreten. Ueber die Gültigkeit einer solchen Abrede unten im fünften Buch.

[15]) Wenn keine bestimmte Vergütung verabredet ist, so ist dieselbe, in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauches, stets in einem Geldbetrage festzusetzen, Z. 14. 533 (Wiesb. 51); Bu. 25. 388 (Lübeck H.G. 71).

[16]) Handlungsreisender mit freier Kost und Logis engagirt, Bu. 19. 24.

[17]) Provision und Tantieme kommen bei Handlungsgehülfen in der Regel nicht allein, sondern neben einem festen Gehalt vor. Ist dem Handlungsgehülfen eine Betheiligung am Gewinn zugesichert, ohne daß die Höhe derselben bestimmt ist, so entscheidet auch hierüber Ortsgebrauch und eventuell richterliches Ermessen.

Digitized by Google

vertrages sind diese Unterschiede ohne Bedeutung, derselbe fällt unter den civilrechtlichen Gesichtspunkt der Dienstmiethe.[18] Dies gilt insbesondere auch im Fall des Commis intéressé, der nicht etwa Socius seines Prinzipals, sondern analog dem colonus partiarius nur insofern quasi societatis jure ist, als er einen Antheil des Gewinnes zu beanspruchen hat.[19]

III. Im Einzelnen ist über die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Dienstvertrag Folgendes zu bemerken:

1. Der Handlungsdiener ist, wenn er sich nicht zu einer bestimmten Art von Dienstleistungen verdungen hat, zu kaufmännischen Diensten überhaupt verpflichtet.[20] Die Beschäftigung hängt in diesem Fall vom Ermessen des Prinzipals ab, nur darf derselbe keine unbilligen

---

Die im Würtemb. Arch. Bd. 17 S. 379 mitgetheilte Entsch., die den Anspruch aus einem solchen Abkommen Mangels genügender Bestimmtheit zurückweist, ist nicht zu billigen.

[18]) Nach Römischem Recht allerdings nur dann, wenn die Gegenleistung des Prinzipals ausschließlich oder doch ihrem wesentlichen Inhalt nach in Geld besteht, während sonst ein unbenannter Vertrag vorliegen würde. Indeß ist dieser Unterschied im gemeinen Recht ohne reelle Bedeutung, Windscheid § 404. Nach preuß. Recht fallen alle Verträge mit Handlungsgehülfen, gleichviel worin die Vergütung besteht, unter die Verträge über Handlungen, nach sächsischem Recht unter die Dienstverträge, A.L.R. I. 11 § 869, sächs. G.B. 1231. Das österr. G.B. 1151 hält zwar in der Definition des Lohnvertrages an dem „gewissen Lohn in Gelde" fest, stellt aber 1173 andere entgeltliche Verträge den Lohnverträgen gleich. Nach französischem Recht ist der Dienstvertrag eine Unterart des louage d'ouvrage, Code civ. 1779 ss.

[19]) arg. L. 25 § 6 D. loc. (19. 2) partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. — Der commis intéressé ist demnach weder stiller Gesellschafter im Sinne des H.G.B.'s noch Gesellschafter im Sinne des bürgerlichen Rechts. Die Tantieme vertritt die Stelle des Gehalts, in allen übrigen Beziehungen ist sein Verhältniß das eines gewöhnlichen Handlungsgehülfen. Heise und Cropp, jur. Abh. I. S. 3 ff.; Wendt in Endem.'s Handb. I S. 253. Vgl. auch die treffende Ausführung des Ob.H.Ger.'s Mannheim Z. 14. 546. Inkorrekt R. 17. 59 (276): „Das zwischen dem commis intéressé und dem Prinzipal betreffs der Betheiligung des ersteren am Gewinn des letzteren bestehende Rechtsverhältniß ist nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über Gesellschaften zu beurtheilen." Richtig R. 1. 58 (194): „Die Zusicherung einer Quote des Reingewinnes ändert Nichts an dem Dienstverhältniß."

[20]) Eine Verwendung zu nicht kaufmännischen Diensten ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Gehülfe dieselbe übernommen hat, Z. 21. 559 (Ob.H.G. Stuttg. 67). Das ist bei gewissen Gehülfen von vorn herein anzunehmen, oben § 44 Anm. 10; in Betreff der Lehrlinge s. § 47.

Digitized by Google

Anforderungen stellen. Hat sich der Handlungsdiener zu einer bestimmten Art von Diensten engagirt, so können regelmäßig nur die zugesicherten Dienste von ihm verlangt werden. Ausnahmsweise ist auch hier dem Prinzipal die Befugniß einzuräumen, dem Gehülfen eine andere angemessene, der im Vertrag übernommenen gleichartige Beschäftigung zuzuweisen.[21])

2. Die Leistung des Prinzipals[22]) folgt regelmäßig der des Gehülfen nach.[23]) Gehaltszahlungen sind im Zweifel in den Abschnitten zu leisten, die der Gehaltsberechnung zu Grunde liegen.[24]) Der Gewinnantheil des Commis intéressé ist nach Anfertigung der Jahresbilanz fällig.[25]) Der am Geschäftsgewinn betheiligte Handlungs-

---

[21]) Zur Kasuistik Z. 21. 559; Bu. 15. 76; 18. 40 (Stadt- u. A.G. Frankf.); 19. 24 (H.G. Karlsruhe); 21. 344 f. (Nürnb. 68). Einfluß der Geschäftsveräußerung wie überhaupt des Eintritts eines neuen Prinzipals auf die Dienstverträge R. 18. 96 (374).

[22]) Die s. g. Gratifikationen (Weihnachtsgeschenke u. dgl.) sind in der Regel freiwillige Gaben, die unter den Begriff der belohnenden Schenkung fallen; sie können aber auch im Vertrage zugesichert sein oder auf einem Ortsgebrauch beruhen und dadurch den Charakter der Gegenleistung annehmen. Berliner Usance hinsichtlich des dem Handlungskommis gewährten Weihnachtsgeschenkes Bu. 7. 182 f. — Abendgeld für Arbeiten außerhalb der Komptoirzeit Bu. 40. 255 (Nürnb. 73.)

[23]) Wie bei jeder Dienstmiethe kann der Lohn nur für die Zeit beansprucht werden, für welche er verdient ist, Bu. 22. 291 ff. (H.G. und A.G. Mannheim 69). Ausnahmen finden namentlich dann statt, wenn die Leistung des Prinzipals in der Gewährung von Naturalien (Wohnung, Kost u. dgl.) besteht. — Vorrecht der Lohnforderung im Konkurse R.Konk.O. § 54[1], österr. Konk.O. §. 43[2]. — Kurze Verjährung der Lohnforderung nach neueren Gesetzen Preuß. G. 31. 3. 38 § 2 Nr. 3 (vier Jahr seit dem 31. December des Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist); sächs. G.B. 1017 Nr. 10 (drei Jahr seit dem Schluß des Jahres, in welchem die Forderung fällig geworden); Code civ. 2271 No. 3 (sechs Monat, vgl. Pard. 2. 536). Das österr. Recht setzt für diesen Fall keine besondere Frist fest; es tritt aber nach Ablauf von drei Jahren seit der Fälligkeit eine Rechtsvermuthung für die erfolgte Zahlung ein; v. Kirchstetter zum b. G.B. § 1485. Vgl. auch Roth D. Pr.R. I S. 478 f. — Der Beweisvorzug des Dienstherrn bei streitigen Lohnansprüchen nach Code civ. 1781 ist in Deutschland durch die R.Civ.Pr.O. beseitigt.

[24]) In einem Jahresbetrag festgesetztes Salär monatlich zahlbar Z. 21. 560 (Nürnb. 71). Auch ohne ausdrückliche Uebereinkunft können Abweichungen von obiger Regel nach Ortsgebrauch oder richterlichem Ermessen begründet erscheinen, sofern sie mit der Absicht der Parteien nicht im Widerspruch stehen.

[25]) Der am Gewinn betheiligte Handlungsgehülfe hat demnach ein Interesse daran, daß die Aufstellung der Bilanz nicht ungebührlich verzögert werde. Geschieht dies, so kann er, falls die sonstigen Voraussetzungen des Verzuges vorliegen, Ersatz des Verzugsinteresses beanspruchen. Wann entsteht der Anspruch auf die Tantieme? Das Ob.H.G. Mannh. in dem Anm. 19 angef. Erk. nimmt

Digitized by Google

gehülfe kann Mittheilung der Bilanz und Vorlegung der zur Prüfung derselben erforderlichen Schriftstücke fordern.[26]) Außer dem Gehalt oder der sonstigen Gegenleistung sind dem Handlungsgehülfen alle in geschäftsmäßiger Weise gemachten Auslagen zu erstatten.[27]) Die Nachweisung derselben und ihrer Höhe muß so geschehen, wie dies im Handelsverkehr für ähnliche Fälle üblich ist.[28]) Dies gilt namentlich von den Reisespesen des Handlungsreisenden, die häufig auf eine Pauschsumme festgesetzt sind, aber auch, wo dies nicht der Fall ist, nicht bis in alle Einzelheiten nachgewiesen zu werden brauchen.[29])

---

an: die T. ist bedingte Gehaltsforderung, sie wird Tag für Tag vom Handlungsgehülfen erworben, mit jedem Tag seiner Dienstleistung erwächst ihm das Recht auf den 365sten Theil der Dividende (Bad. L.R. 586). „Obschon Bekl. seinen Dienstvertrag im Lauf des Geschäftsjahres gebrochen, so kann er deshalb doch nicht derjenigen Rechte verlustig gehen, welche er schon vor seinem Austritt aus dem Dienst erworben hatte." R. 19. 41 (121) erklärt diese Auffassung für möglich und läßt es dahin gestellt, ob nicht in Ermangelung besonderer Umstände angenommen werden müsse, daß die Betheiligten von derselben ausgegangen seien. Allein sie sei nicht die einzig mögliche, da die Parteien auch der Meinung gewesen sein könnten, daß die T. nur dann zu gewähren sei, wenn das Dienstverhältniß bis zum Ablauf des Geschäftsjahres (bezw. während einer gewissen Periode des Geschäftsjahres) fortbestanden habe. Daß die zuletzt gedachte Auffassung der Absicht der Parteien entsprechen kann, ist nicht zu bestreiten, als nächstliegende und im Zweifel anzunehmende wird aber immer diejenige zu betrachten sein, von welcher das Ob.H.G. Mannh. ausgeht. Nur ist es von diesem Standpunkt aus nicht richtig, den Anspruch auf T. als **bedingte** Gehaltforderung zu bezeichnen, da er zwar seiner Höhe nach durch die Jahresbilanz festgestellt, nicht aber durch dieselbe begründet wird. — Verjährung des Anspruches auf die Tantième **Keyßner** H.G.B. (Stuttg. 1877) zu Art. 57[9].

[26]) Der Commis intéressé hat nicht das Recht, die Vorlegung der Bücher Behufs Anfertigung der Bilanz oder einer Uebersicht über die Geschäfte des Prinzipals zu verlangen, er darf sich, abgesehen von besonderen Veranlassungen, keine Notizen aus den ihm vorgelegten Büchern machen. Soweit ihm aber das Recht auf Einsicht der Bücher zusteht, ist dasselbe nicht an die Voraussetzung treuen, gesetzmäßigen Verhaltens seinerseits geknüpft, geht daher durch vertragswidrige Handlungen (Unterschlagung, Etablirung eines Konkurrenzgeschäftes) nicht verloren R. 1. 58 (194); 17. 59 (275); **oben** § 42 Anm. 40.

[27]) Einem Handlungsgehülfen, der das Delcredere für die durch ihn vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte übernimmt, kann überdies eine Delcredere-Provision zustehen, R. 14. 71 (212).

[28]) arg. H.G.B. 888, **dazu** R. 4. 85 (409). Im Prozeß entscheidet ohnehin der Grundsatz freier Beweiswürdigung.

[29]) Auch die in Pausch und Bogen festgesetzten Reisespesen sind eine Entschädigung des Bediensteten für seine besonderen Auslagen während der Abwesenheit von Hause. Läßt der Prinzipal nicht reisen, so fällt der Anspruch des

Digitized by Google

3. Der Handlungsgehülfe genügt seiner Verpflichtung durch die dem Prinzipal kundgegebene Bereitschaft zur Leistung der übernommenen Dienste.[30]) Letzterer muß die vertragsmäßige Gegenleistung auch dann gewähren, wenn er von den angebotenen Diensten keinen Gebrauch macht[31]), kann aber hiervon dasjenige in Abzug bringen, was der Gehülfe dadurch, daß er die Dienste nicht zu leisten braucht, erspart oder durch anderweite Vermiethung der dem Prinzipal zuzu-

---

Reisenden regelmäßig fort (andere Abmachungen kommen vor); der vorzeitig seines Dienstes entlassene Handlungsreisende hat mithin außer seiner Forderung auf Salär nicht etwa noch einen Anspruch wegen der entgangenen Reisekosten, Z. 14. 537 (Nürnb. 68). Zur Reisezeit, für die die Reisespesen berechnet werden können, gehört eine angemessene Zeit für die dem Reisenden zu gönnende Erholung, nicht aber die für längere Vergnügungstouren oder für eine zu seinen dienstlichen Obliegenheiten außer Beziehung stehende geschäftliche Thätigkeit, Bu. 11. 378 (Nürnb. 66). Immer ist die Forderung auf Ersatz der Reisespesen eine Forderung des Reisenden an den Prinzipal; Gastwirthe 2c. haben wegen der dem Reisenden gewährten Zehrung, Fuhren u. dgl. ebenso wenig eine Klage gegen den Prinzipal wie dritte Darleiher für die dem Reisenden zum Zweck der Reise gewährten Darlehen, außer wenn ein mandatum qualificatum vorliegt oder auf Grund einer Cession oder richterlichen Ueberweisung. Der Anspruch gegen den Prinzipal wird auch nicht dadurch begründet, daß derselbe in früherer Zeit für den Reisenden bezahlt hat, Seu. 12. 269; Z. 7. 591 (Jena 51; Lübeck 57).

[30]) Windscheid § 401, namentlich zu Anm. 7 und die das. Angef. Nicht ganz übereinstimmend Mommsen Beitr. I S. 353 f., III S. 412.

[31]) Mommsen a. a. O. betrachtet den Anspruch des locator operarum, falls der conductor von den angebotenen Diensten keinen Gebrauch macht, nicht als einen Anspruch auf Gegenleistnng, sondern als eine Forderung auf Schadensersatz, die aber ihrem Betrage nach niemals über die vom conductor versprochene Gegenleistung hinausgehen könne. Dem Römischen Recht entspricht diese Auffassung nicht, fidem contractus impleri aequum est in L. 19 § 9 loc. heißt nicht: es ist das Interesse zu ersetzen, sondern die vertragsmäßige Gegenleistung ist zu gewähren, vgl. auch L. 38 pr. eod. und Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 318 f., aus der Praxis Bu. 11. 372, 21. 342 (Nürnb.); Z. 14. 537 (Dresd. 66). Die Partikularrechte gehen zum Theil von der Mommsenschen Auffassung aus, Pr. L.R. I. 5 § 361, 408; dazu R. 8. 39 (153); 17. 48 (220); österr. G.B. 1155; Cl. u. A. 3. 265, 475. Dagegen stimmt das sächs. G.B. 1239 mit dem gemeinen Recht überein. Bei einer Weigerung des Prinzipals, von den Diensten des Handlungsgehülfen Gebrauch zu machen, bedarf es keines wiederholten Anerbietens während der vertragsmäßigen Dauer der Dienstzeit, andererseits wird die Fälligkeit der Gehaltsansprüche durch die Weigerung des Prinzipals regelmäßig nicht verändert, das Gehalt für die noch laufende Dienstzeit ist nicht schon in dem Augenblick, wo der Prinzipal die Dienste des Gehülfen zurückweist, zahlbar, Seu. 17. 239 (Rostock 61); Cl. u. A. 1. 34. Konventionalstrafe bei der Weigerung des Dienstherrn verfallen, Z. 14. 537.

Digitized by Google

wendenden Dienste erwirbt.[32]) Aus welchem Grund der Prinzipal die Dienste des Handlungsgehülfen nicht entgegennimmt, kommt nicht in Betracht, außer sofern dieser Grund geeignet ist, die Aufhebung des Vertragsverhältnisses selbst herbeizuführen.[33])

Zur Bereitschaft gehört, daß der Handlungsgehülfe während der ganzen Dauer der Dienstzeit fähig ist, die vertragsmäßigen Dienste zu leisten.[34]) Ist dies nicht der Fall, so fällt, auch wenn der Vertrag fortbesteht[35]), doch für die Dauer des Hindernisses der Anspruch auf Gegenleistung fort.[36]) Eine Ausnahme macht das Gesetz für den Fall einer durch unverschuldetes Unglück herbeigeführten zeitweisen Behinderung. Dem Handlungsgehülfen verbleibt hier das Recht auf Fortbezug von Gehalt und Unterhalt während eines Zeitraums von sechs Wochen.[37]) Die Bestimmung findet keine Anwendung, wenn sich die

---

[32]) L. 19 § 9, 10 D. loc. (19. 2) vgl. L. 4 D. de off. adsess. (1. 22); R. 7. 73 (280), Bu. 21. 342 (Nürnb. 68); 36. 279; 38. 293; (Hamb. Ob.G. 74, 76). Der anderweite Erwerb muß auf einem Dienstverhältniß beruhen, einen Erwerb, den der Handlungsgehülfe durch selbstständigen Betrieb eines Agenturgeschäfts macht, braucht er sich nicht anrechnen zu lassen. Vgl. sächs. G.B. 1239 und dazu R. 2. 67 (284). A. M. Thöl § 79 a. E.

[33]) Seu. 19. 226 (Lübeck 64); Z. 8. 159 (Dresden 59); R.civ. 3. 51 (179); nicht ganz übereinstimmend Mommsen I S. 362; zweifelhaft Seu. 8. 253 (Kassel 45). Vgl. Pr. L.R. I. 5 § 364, 377 ff.; I. 11 § 917; österr. G.B. 1155, sächs. G.B. 1009 f.; für das französische Recht Zachariae II § 331.

[34]) Zum Folgenden Mommsen I S. 352 ff., über den Einfluß, den ein bei Eingehung des Vertrages bereits vorhandenes Hinderniß auf dessen Rechtsbeständigkeit hat, ebdas. S. 188 f.

[35]) Dauernde Unfähigkeit zur Dienstleistung, während der Dienstzeit eintretend, bewirkt immer, zeitweise Unfähigkeit unter Umständen Aufhebung des Vertrages, vgl. zu Anm. 40.

[36]) Mommsen I S. 363; Bu. 15. 106 (Nürnb. 67). Die wirklich geleisteten Dienste sind immer zu vergüten, sofern nicht die während einer bestimmten Zeit andauernde Dienstleistung Voraussetzung für die Entstehung der Gehaltsforderung ist, oben Anm. 25.

[37]) H.G.B. 60. Fast gleichlautend Pr. 59, nur daß hier lediglich des Gehalts, nicht auch des Unterhalts Erwähnung geschieht; die Aenderung stammt aus 1. Les., Prot. 101. Zum Gehalt im Sinn des Art. 60 gehört auch die Tantième am Geschäftsgewinn, dagegen nicht die entgangene Provision für einzelne Dienstleistungen. Der Begriff des unverschuldeten Unglücks ist weniger nach abstrakten Regeln als nach billigem richterlichem Ermessen von Fall zu Fall zu bestimmen. Im Allgemeinen ist als unverschuldetes Unglück jedes die Person des Handlungsgehülfen betreffende Ereigniß zu betrachten, welches nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht vorauszusehen ist und den Gehülfen dadurch, daß es ihn an der Ausübung seiner Berufsthätigkeit hindert, erwerblos macht. Anders v. Hahn

Digitized by Google

Behinderung von vornherein als eine dauernde erweist[38]), sie setzt voraus, daß das Dienstverhältniß während der sechs Wochen nicht aus anderen Gründen zur Lösung gekommen ist[39]) und enthält implicite zugleich den Satz, daß eine durch unverschuldetes Unglück verursachte, nicht länger als sechs Wochen andauernde Unterbrechung der Dienste den Vertrag nicht aufhebt.[40])

4. Der Handlungsgehülfe soll während der Dauer des Dienstverhältnisses seine ganze geschäftliche Thätigkeit dem Gewerbebetrieb des Prinzipals zuwenden, außerhalb desselben ohne Einwilligung des

S. 238 Anm., v. Völdernd. Komm. S. 432. Vorzugsweise gehören Erkrankungen hierher, die man sich nicht durch eigenes Verschulden zugezogen; syphilitische Krankheit Bu. 23. 2 (H.G. Lübeck 70). Unverschuldete Freiheitsentziehung, aber nicht bei verschuldeter Einleitung der Untersuchung trotz demnächstiger Freisprechung Bu. 22. 469, Wolfenb. 55. Einberufungen zu militärischen Uebungen fallen nicht unter den Art. 60, wohl aber möglicherweise die Einziehung bei einer Mobilmachung, vgl. R. 8. 39 (153); Bu. 24. 31 (österr. ob. G. 69). Unglückliche Familienereignisse, durch welche die Person des Handlungsgehülfen mittelbar getroffen wird, sind mindestens nicht unter allen Umständen auszuschließen. Art. 60 schließt ferner nicht eine billige Rücksichtnahme auf etwaigen anderen vom Handlungsgehülfen während der Dauer der Behinderung gemachten Erwerb aus; die Beschränkung auf den aus einem Dienstverhältniß hervorgehenden Erwerb (oben zu Anm. 32) findet hier nicht Anwendung. Hat der Handlungsgehülfe Anspruch auf Unterhalt, so muß der Prinzipal, falls er ihm denselben nicht während der sechs Wochen in natura fortgewährt, die zu diesem Behuf gemachten Aufwendungen erstatten, dagegen fällt der Erstattungsanspruch fort, wenn der Handlungsgehülfe, ohne Aufwendungen zu machen, den Unterhalt in anderer Weise bezogen hat. — Sechs Wochen sind 42 Tage, den Tag, an welchem die Behinderung zuerst eingetreten ist, mitgerechnet.

[38]) Wohl aber wenn sich bei einer blos zeitweisen Behinderung von vorn herein annehmen läßt, daß sie länger als sechs Wochen dauern werde, v. Hahn und v. Völdernd. zum Art. 60.

[39]) Die Geltendmachung anderer Auflösungsgründe und ihrer Folgen wird durch Art. 60 nicht gehindert. Dagegen setzt derselbe nicht, wie v. Hahn meint, unbedingt das Fortbestehen des Dienstverhältnisses voraus. Steht z. B. fest, daß die Krankheit des Handlungsgehülfen länger als sechs Wochen dauern werde, so kann möglicherweise der Prinzipal sofort zurücktreten, ohne daß der nach Art. 60 dem Handlungsgehülfen zustehende Anspruch beseitigt wird.

[40]) A. M. Keyßner zu Art. 60, wie es scheint, auch v. Hahn. Für die im Text gezogene Folgerung spricht Fassung und Inhalt des Artikels. Dagegen enthält derselbe weder den Satz, daß eine länger als sechs Wochen andauernde Behinderung jedenfalls ein Auflösungsgrund ist, noch den von einem sächs. Gericht darin gefundenen Satz (Bu. 18. 396), daß ein nicht erheblich länger als sechs Wochen dauerndes Hinderniß den Dienstherrn zwar von weiterer Zahlung des Lohns befreie, aber nicht zur Kontraktsauflösung berechtige.

Digitized by Google

Prinzipals weder für eigene noch für fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen.[41] Das Verbot trifft auch den Abschluß in fremdem Namen.[42] Untersagt sind hiernach dem Handlungsgehülfen alle Geschäfte, die auf seiner Seite oder auf Seite dessen, für den er handelt, Handelsgeschäfte sind. Das Verbot beschränkt sich weder auf solche Geschäfte, die dem Handelsgewerbe des Prinzipals gleichartig sind[43], noch auf den gewerbmäßigen Handelsbetrieb.[44] Es gilt als Einwilligung des Prinzipals, wenn derselbe beim Engagement des Handlungsgehülfen davon Kenntniß hatte, daß letzterer anderweitig Handelsgeschäfte für eigne oder für fremde Rechnung betreibe und sich nicht die Aufgabe dieses Betriebes ausbedungen hat.[45] Die Ueberschreitung des Verbots enthält einen Bruch der aus dem Dienstvertrag hervorgehenden Verpflichtungen.[46] Die verbotswidrig eingegangenen Geschäfte sind nicht nichtig; dagegen hat der Prinzipal, abgesehen von der Befugniß zur Entlassung des Handlungsgehülfen[47], einen Anspruch auf Schadensersatz und in Betreff der vom Handlungsgehülfen für eigne Rechnung geschlossenen Geschäfte ein Eintrittsrecht[48], kraft dessen

---

[41]) Art. 59, verweisend auf Art. 56. Eine ähnliche Bestimmung enthielt bereits in Betreff der Faktoren A.L.R. II. 8 § 523 f. Fremde Gesetzgebungen und Entwürfe s. Zus. am Ende d. §.

[42]) Thöl I S. 202. Nicht verboten ist den im Art. 56 und 59 benannten Personen das Kontrahiren in eignem Namen für Rechnung des Prinzipals, v. Hahn S. 221. Daß dieser Fall vorliegt, ist aber nur dann anzunehmen, wenn bei oder doch unverzüglich nach Abschluß des betreffenden Geschäfts zu erkennen gegeben ist, daß dasselbe auf Rechnung des Prinzipals gehen solle. Eine verspätete Erklärung kann die nachtheiligen Folgen der Verbotsüberschreitung nicht beseitigen.

[43]) Wie nach span. und portug. Recht und nach H.G.B. 96. Ueber den Grund der Verschiedenheit Mot. zu Pr. S. 30. Im Pr. L.R. und in W. lautete das Verbot ebenfalls allgemein.

[44]) R. 16. 71 (290); v. Krä wel zum Art. 56.

[45]) Art. 56². Auch sonst genügt eine stillschweigende Einwilligung. Das Pr. L R. forderte ausdrückliche Zustimmung des Prinzipals, ebenso Span., Port., W.

[46]) Aber keine Verletzung eines öffentlichen Interesses, daher findet nicht, wie nach W., strafrechtliche Ahndung statt.

[47]) Hierüber folg. §.

[48]) Der Anspruch auf Schadensersatz ist bei allen verbotswidrig vom Handlungsgehülfen geschlossenen Geschäften, das Eintrittsrecht dagegen nur bei denen statthaft, die derselbe für eigne Rechnung geschlossen hat. Im Streitfall ist indeß die Klage des Prinzipals auf Grund der zweiten Befugniß schon durch die Thatsache begründet, daß der Handlungsgehülfe in eignem Namen kontrahirt hat; es

Digitized by Google

er verlangen kann, daß der Handlungsgehülfe das Ergebniß dieser Geschäfte auf ihn übertrage.[49]) Das Eintrittsrecht[49a]) steht dem Prinzipal nur gegen den Handlungsgehülfen, nicht dem Dritten gegenüber zu, mit dem der Gehülfe kontrahirt hat.[50]) Die Ausübung der

---

ist alsdann Sache der Einrede, darzuthun, daß der Abschluß für fremde Rechnung erfolgt ist. Zu bemerken ist, daß das H.G.B. dem Prinzipal nicht etwa eine Klage auf Ausantwortung des dem Handlungsgehülfen aus dem verbotswidrigen Geschäft erwachsenen Gewinnes giebt, wenngleich die Uebernahme des betr. Geschäfts diesen Erfolg haben kann, Bu. 22. 457 (O.A.G. Jena). Das Pr. L.R., Span., Port. und W. sprechen geradezu den Gewinn dem Prinzipal zu, das Pr. L.R. mit der Klausel, daß im Fall einer aus mehreren verbundenen Geschäften bestehenden Unternehmung der Prinzipal, der sich den Vortheil aus dem einen Geschäft zueignen wolle, auch den Schaden aus den übrigen übernehmen müsse, während Span. und Port. gerade entgegengesetzt bestimmen: dem Prinzipal kommt der Vortheil zu, sin ser de su cargo las perdidas, Zus. zu d. §.

[49]) Die beiden Berechtigungen stehen dem Prinzipal bei den vom Handlungsgehülfen im eignen Namen geschlossenen Geschäften nicht blos alternativ zu, v. Hahn S. 222, Thöl § 58 S. 202, Wendt in Endem.'s Handb. I S. 260. Das Verhältniß derselben zu einander ist vielmehr folgendes: Dadurch daß der Prinzipal das Geschäft auf seine Rechnung übernimmt, wird der ihm entstandene Schaden nicht immer vollständig gedeckt, v. Hahn a. a. O. Er hat daher in diesem Fall noch Anspruch auf Schadensersatz in id quod pluris ejus interfuerit, L. 28 D. de a. e. v. (19. 1). Dagegen ist es unstatthaft, daß der Prinzipal, nachdem er vollständigen Schadensersatz erlangt hat, noch den Anspruch auf Uebernahme des Geschäfts geltend mache. Dies ergiebt sich aus Art. 283 in Verbindung mit den Grundsätzen von der s. g. Klagenkonkurrenz, Windscheid § 121. Kann der Prinzipal im Fall einer Zuwiderhandlung gegen Art. 56 und 59 auf Unterlassung pro futuro klagen? Art. 56 enthält hierüber nichts, nach gemeinem Recht ist die Frage zu bejahen, R. 19. 46 (136), im Wesentlichen übereinstimmend Wendt in Endem.'s Handb. I S. 260 f. — Die im Art. 56, 59 eingeräumten Befugnisse können sämmtlich nur dann geltend gemacht werden, wenn das Dienst- oder Vollmachtsverhältniß zur Zeit der verbotswidrig geschlossenen Geschäfte noch fortbestand, R. 16. 48 (169); Wendt S. 259.

[49a]) Auf den Ausdruck Eintrittsrecht zur Bezeichnung der obigen Befugniß weist der Sprachgebrauch des Gesetzes selbst hin, H.G.B. 97; vgl. aber auch v. Hahn S. 221.

[50]) Der Anspruch gegen den Handlungsgehülfen geht auf Uebertragung des betreffenden Geschäfts nach dem jeweiligen Stande desselben. Die Uebertragung soll zugleich nach der aktiven und passiven Seite erfolgen; der Prinzipal hat Anspruch auf den Erwerb aus dem Geschäft, muß aber alsdann auch die für dasselbe gemachten Aufwendungen übernehmen, Anm. 48. Läßt sich das Ergebniß des oder der Geschäfte nicht übersehen, so ist eine Klage des Prinzipals auf Rechnungslegung begründet. Vgl. außer den bereits Angeff. namentlich Laband Z. 10. 201 ff. — Von einer Stellvertretung des Prinzipals durch den Handlungsgehülfen ist im vorl. Fall nicht die Rede, auch dann nicht, wenn der Dritte die Eigenschaft seines

Digitized by Google

beiden vorstehenden Berechtigungen ist an keine besondere Frist gebunden[51]), der Prinzipal verliert daher das Eintrittsrecht nur, wenn er zu erkennen giebt, daß er das Geschäft nicht selbst übernehmen wolle.[52])

Zusatz. Wie schon Zus. zu § 43 erwähnt, enthalten weder der Co.*) noch das holländ., belg. und ital. G.B. Bestimmungen über die Handlungsgehülfen, wohl aber Spanien B. 1 Tit. 1 Abschn. 3 (de los factores y mancebos de comercio) und Portugal Th. 1 B. 1 Tit. 2 Abschn. 3 (dos feitores e caixeiros). Die betr. Abschnitte beider Gesetzbücher stimmen meist wörtlich mit einander überein, beziehen sich aber z. Th. nicht auf das Dienstverhältniß, sondern auf die Handlungsvollmachten. Hierher gehören vorzugsweise Spanien 196—202, Portugal 163—169, aus denen Folgendes hervorzuheben ist: Ist der Dienstvertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen, so gilt einmonatliche Kündigungsfrist. Der Einfluß von Vertragswidrigkeiten auf den Bestand des Vertrages ist, sofern es sich nicht um eine Verletzung der Sicherheit, Ehre oder Interessen des Gegenkontrahenten handelt, nach richterlichem Ermessen zu bestimmen. Der Prinzipal ist zum Rücktritt berechtigt, wenn der Handlungsgehülfe sich eines Betruges oder Vertrauensmißbrauches schuldig macht; ferner wenn er sich außerhalb des Geschäfts seines Prinzipals ohne dessen Einwilligung für eigene oder fremde Rechnung auf Handelsunternehmungen einläßt. Eine durch unverschuldetes Unglück herbeigeführte zeitweise Unfähigkeit zur Leistung des Dienstes beseitigt den Gehaltsanspruch des Handlungsgehülfen nicht, vorausgesetzt, daß die Unfähigkeit nicht länger als drei Monat andauert. Hat in unmittelbarer Veranlassung des Dienstes der Handlungs-

---

Kontrahenten als Handlungsgehülfen kannte, Laband, v. Hahn a. a. O., Voigtel, Bu. 5. 26 f., Wendt in Endem.'s Handb. I S. 258 f.; unrichtig v. Völdernd. Komm. S. 413 f., Cl. u. A. 2. 209. Mit der Verneinung der Stellvertretung ist aber nicht auch, wie Laband und Voigtel annehmen, die Frage erledigt, ob der Prinzipal nur auf Grund einer ausdrücklichen Cession des Handlungsgehülfen gegen den Dritten klagen kann oder ob ihm auch ohne Cession eine actio utilis gegen letzteren zusteht. Diese im H.G.B. absichtlich offen gelassene Frage, Prot. 87, ist nach bürgerlichem Recht zu beantworten. Seu. 23. 52 (Nürnb. 66); vgl. für das gemeine Recht Windscheid § 330 a. E.

[51]) Wie im Art. 97, Prot. S. 87. Thöl § 58 S. 203, v. Hahn a. a. O., österr. E.G. § 24.

[52]) Hat der Handlungsgehülfe mehrfach dem Verbot des Art. 56 zuwider für eigene Rechnung kontrahirt, so stehen dem Prinzipal die ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse hinsichtlich jedes Geschäftes besonders zu, außer wenn die mehreren Geschäfte eine in sich zusammenhängende Handelsunternehmung bilden, vgl. Pr. L.R. II. 8. §. 525. — Uebrigens enthält die Geltendmachung des Anspruches auf Schadensersatz noch keinen Verzicht auf das Eintrittsrecht, Windscheid § 121.

*) Das franz. Gesetz über Lehrverträge (Loi rélative aux contrats d'apprentissage) vom 22. Febr. 1851 erwähnt nur die Lehrlinge von Fabrikanten, chefs d'atelier und ouvriers, bezieht sich also nicht auf Handlungslehrlinge. Einige hierher gehörige Bestimmungen enthielt die Ord. du comm. tit. 1.

Digitized by Google

gehülfe einen außerordentlichen Schaden oder Verlust erlitten, so ist der Prinzipal zur Schadloshaltung verbunden. — Von Ungarn gehören hierher Th. 1 Tit 6 § 55—60: Hülfspersonal; dazu auch § 53. Die Hauptabweichungen von unserem H.G.B. sind: In dem unserem Art. 57 entsprechenden Art. 55 wird subsidiär auf das ungar. Gewerbegesetz verwiesen (ebenso österr. E.G. § 25). Die Kündigungsfrist beträgt im Allgemeinen sechs Wochen, für Handlungsgehülfen, die mit wichtigeren Dienstleistungen betraut sind, wie Buchhalter und Kassirer, drei Monat; an das Kalenderquartal ist sie in keinem Fall gebunden. Eine allgemeine Bestimmung über die Aufhebung des Dienstverhältnisses aus wichtigen Gründen fehlt; im § 58 sind drei Gründe, aus denen der Gehülfe den Dienst ohne Kündigung verlassen kann, im § 59 zehn Gründe, aus denen er ohne Kündigung entlassen werden kann, genannt. Unter diesen Gründen figurirt indeß in beiden Fällen die Nichterfüllung der Vertragsverpflichtungen, so daß trotz der Spezialisirung dem richterlichen Ermessen noch immer ein weiter Spielraum verbleibt.

Entwürfe. — Er. enthält keine hierher gehörigen Vorschriften. W. 82—85 beschränkt sich auf Bestimmungen über die Auflösung des Vertragsverhältnisses. Die gesetzliche Kündigungsfrist beträgt hiernach drei Monat; im Fall erheblicher Ungebühr oder Vertragsverletzung kann vorzeitiger Rücktritt stattfinden. Bei willkürlichem Rücktritt sind gegen den Handlungsgehülfen Zwangsmittel statthaft, während gegen den Prinzipal nur Entschädigungsansprüche zustehen. Ist letzterer durch zufällige Ereignisse außer Stand gesetzt, den Handlungsgehülfen zu beschäftigen, so kann höchstens auf ein halbes Jahr Entschädigung beansprucht werden. Ein Handlungsgehülfe, der durch unverschuldetes Unglück an der Dienstleistung behindert ist, hat Anspruch auf dreimonatlichen Fortbezug des Gehalts. Bei einem über drei Monat, oder wenn der Vertrag auf bestimmte längere Zeit geschlossen ist, bei einem über sechs Monat währenden Hinderniß gilt der Vertrag als aufgelöst. — Aus Om. gehören die §§ 115—122 hierher. Danach ist das Gehalt in Ermangelung anderweiter Abmachung monatlich postnumerando zu zahlen. Die Kündigungsfrist ist bei Buchhaltern und Kassirern auf drei Monat, bei anderen Handlungsgehülfen auf sechs Wochen festgesetzt. Unverschuldete Unfähigkeit zur Dienstleistung gestattet nach dreiwöchentlicher, bei einem Buchhalter und Kassirer erst nach sechswöchentlicher Dauer Aufhebung des Vertrages. — Or. 124 verweist bezüglich des Dienstverhältnisses auf das b. G.B. und die besonderen hierüber bestehenden Bestimmungen (d. h. die Gewerbegesetze). Weitere hierher gehörige Bestimmungen fehlen. — Pr. Tit. 7 zeigt bereits wesentliche Uebereinstimmung mit dem H.G.B. Im Einzelnen ist zu bemerken: Art. 52[1] enthält eine Definition der Handlungsgehülfen, 52[2] stimmt bis auf redaktionelle Verschiedenheiten mit H.G.B. 57; Pr. 53 ist gleichlautend mit unserem Art. 58; Pr. 54—56 entsprechen unseren Art. 50, 51, 36; Pr. 57 enthält die in das H.G.B. nicht übergegangene Bestimmung: „Für den Schaden, welchen ein Handlungsgehülfe einem Dritten durch unerlaubte Handlungen in Ausübung der ihm obliegenden Verrichtungen zufügt, ist der Prinzipal verantwortlich.“ (vgl. Code civ. art. 1384, Goldschmidt Z. 16. 379; Bu. 40. 276 f.) Pr. 58 ist gleichlautend mit H.G.B. Art. 59, Pr. 59 gleich unserem Art. 60, nur wird in Abs. 1 dem Handlungsgehülfen lediglich der Fortbezug des Gehalts, nicht auch des Unterhalts gewährt; Pr. 60

Digitized by Google

stimmt mit unserem Art. 61 bis auf die Abweichung, daß den gesetzlichen Vorschriften über die Kündigung des Dienstvertrages nicht blos der Vertrag, sondern auch der Ortsgebrauch vorgehen soll. Art. 61 enthält die Bestimmungen unserer Art. 62—64; abweichend ist, daß als der gegen den Prinzipal wirkende Aufhebungsgrund die Nichtentrichtung des Gehalts zur bestimmten Zeit genannt wird, und daß unter den gegen Handlungsgehülfen geltend zu machenden Aufhebungsgründen der bei uns im Art. 64 Nr. 6 genannte (unsittlicher Lebenswandel) fehlt. Pr. 62 stimmt wörtlich mit unserem Art. 65. — Von E.I gehören hierher Art. 56—62. Differenzen vom gegenwärtigen Text sind nur noch a) eine Fassungsverschiedenheit in dem unserem Art. 57 entsprechenden Art. 56; b) E.I 59 weicht ebenso wie Pr. 59 von unserem Art. 60 ab; c) E.I 61, unserem Art. 62 bis 64 entsprechend, bezeichnet als Aufhebungsgrund gegen den Prinzipal Verzug bei Entrichtung des Gehalts; auch fehlt hier noch unser Art. 64 Nr. 6. — Wörtlich mit dem H.G.B. stimmt überein E.II 56—64.

Vgl. Prot. 94—102, 108 f., 112, 964, 4519, 5055. Zusammenstellung der Erinnerungen Nr. 83—90.

II. Die Einführungsgesetze beschränken sich meist darauf, das Rechtsverhältniß zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen als Handelssache zu erklären. Nach Württemb. 25 sollten, soweit nicht die Vorschriften des H.G.B.'s entgegen stehen, die Bestimmungen der Gewerbeordnung über Lehrlinge und Gehülfen auch auf Handlungsgehülfen Anwendung finden. Durch Einführung der R.Gew.Ordn. ist diese Hinweisung indeß wegfällig geworden. Praktisch ist dagegen noch jetzt die ähnliche Bestimmung im § 25 des österr. E.G.'s; dazu Blaschke Erläut. des H.G.B.'s, 3. Aufl. S. 93 ff. Eine Aenderung des H.G.B.'s enthält die Vorschrift im § 24 des österr. E.G.'s, daß das auf Grund der Art. 56 und 59 dem Prinzipal zustehende Eintrittsrecht nach Ablauf von drei Monaten a tempore scientiae erlöschen soll; s. oben zu Anm. 51.

§ 46.

Handlungsdiener.

(Fortsetzung.) [1])

Aufhebungsgründe des Dienstverhältnisses sind: 1) Eintritt derjenigen Thatsachen, die vertragsmäßig als Endigungsgründe festgesetzt sind[2]); 2) gegenseitige Uebereinkunft[3]); 3) Tod des Handlungsgehül-

---

[1]) Thöl § 79; Wendt in Endem.'s Handb. I § 67; Wolf in Siebenhaar's Arch. N. F. Bd. 2 S. 113—135.

[2]) Namentlich gehört dahin der Eintritt des Endtermins, wenn das Dienstverhältniß von vorn herein auf bestimmte Dauer eingegangen ist. — Aus den Zeitabschnitten, für die der Lohn festgesetzt ist, ist nicht ohne Weiteres auf die verabredete Dauer des Dienstverhältnisses zu schließen; v. Krävel, Bu. 8. 390 gegen Voigtel ebdas. 3. 464; Cl. u. A. 3. 475; Bu. 11. 233. 14. 402 (St.G. und K.G. Berlin 67). Relokation Wendt a. a. O.; Bu. 12. 385; 14. 120. Auslegung einer auf die Dauer der Dienstzeit bezüglichen Uebereinkunft Bu. 18. 147 (Nürnb. 67).

[3]) Rechtsfall Bu. 6. 25. — Stillschweigendes Einverständniß über die

Digitized by Google

sen[3a]); 4) dauernde Unfähigkeit desselben zur Leistung der übernommenen Dienste[4]); 5) bei Dienstverträgen, die nicht auf bestimmte Dauer[5]) abgeschlossen sind, einseitiger Rücktritt nach vorgängiger rechtzeitiger Kündigung[6]). Nach dem Gesetz soll die Kündigung spätestens sechs Wochen vor Ablauf eines Kalendervierteljahres erfolgen.[7]) Die gesetzliche Kündigungsfrist kann durch Vertrag geändert werden[8]); dagegen

---

Aufhebung des Dienstverhältnisses ist nicht daraus zu entnehmen, daß der Handlungsgehülfe der Aufforderung des Prinzipals, sich aus dem Geschäftslokal zu entfernen, ohne Widerspruch nachkommt, R. 2. 67 (285). Vgl. auch Bu. 12. 247 (Stadtg. Berlin 66); 16. 152 (Lübeck 68); 22. 295 (Mannheim 70); 36. 177 f. (A.G. Leipzig 76, 77).

[3a]) Der Tod des Prinzipals bewirkt nicht nothwendig Aufhebung des Vertrages, kann aber als „wichtiger Grund" in Betracht kommen, v. Hahn S. 244 f., v. Völdernd. Komm. S. 451; Wendt S. 265 f., verfehlt Bu. 1. 84.

[4]) Oben § 45 zu Anm. 34 ff.

[5]) Beweislast, wenn streitig ist, ob der Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Dauer geschlossen ist, Cl. u. A. 3. 475.

[6]) Art. 61[1]. Kündigungsfristen nach früherem Hamburger Recht, Bu. 14. 114. Ueber die Anwendbarkeit des früheren Rechts auf die vor der Herrschaft des H.G.B.'s abgeschlossenen Dienstverträge oben § 45 Anm. 2. — Die Kündigung ist stets ein einseitiger Akt; wird gleichzeitig von beiden Seiten gekündigt, so liegen zwei einseitige auf denselben Effekt gerichtete Willenserklärungen vor. Dies ist nicht gleichbedeutend mit der Aufhebung des Dienstverhältnisses durch Vertrag. Ungenau ist auch der Ausdruck „gegenseitige Kündigung", Thöl Anm. 2. Allgemeine Erforderniſſe zur Gültigkeit der Kündigung sind: a) sie muß den Willen des Kündigenden, das Dienstverhältniß zu Ende zu bringen, bestimmt und unbedingt aussprechen. Eine bedingte Kündigung ist keine Kündigung, dem Adressaten kann nicht zugemuthet werden, die Willenserklärung des Kündigenden zu purificiren, R. 4. 69 (342); v. Völdernd. S. 438; b) sie muß dem andern Theil zugegangen sein. Bei einer Kündigung inter absentes trägt mithin der Kündigende die Gefahr der rechtzeitigen Ankunft. Dagegen ist die Kündigung weder an bestimmte Formen gebunden noch bedarf es der „Annahme" einer rechtzeitigen Kündigung. Findet eine solche Annahme statt, so liegt ein Vertrag über die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor.

[7]) d. h. am 43sten Tage vor dem 31. März, 30. Juni, 30. September, 31. December. Das Dienstverhältniß hört alsdann mit Ablauf der gedachten Tage auf, vorausgesetzt, daß nicht beide Theile später über die Fortsetzung desselben übereingekommen sind. Einseitige Rücknahme der einmal erklärten Kündigung ist unzulässig. Eine vorzeitige Kündigung ist jedenfalls dann wirksam, wenn sie sich auf das Ende des laufenden Kalendervierteljahrs bezieht. Ueber die Statthaftigkeit weiterer Antecipation lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen. Ebenso nicht bezüglich der Frage, ob eine für das laufende Quartal verspätete Kündigung für das Ende des nächsten aufrecht zu erhalten ist; v. Hahn zu Art. 61, theilweise a. M. Thöl.

[8]) Aus den Perioden, in denen die Lohnzahlung erfolgt, ist nicht ohne Weiteres

Digitized by Google

kommen ihr gegenüber weder eigentliche Handelsgebräuche noch Usancen in Betracht. [9]) — 6) Neben den hervorgehobenen Endigungsgründen gewährt das Gesetz die Möglichkeit einseitigen Rücktrittes aus wichtigen Gründen. [10]) Die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe ist freiem richterlichen Ermessen anheimgegeben. [11]) Es sind dahin alle Thatsachen zu rechnen, die es im konkreten Fall unbillig erscheinen lassen, einen der beiden Theile wider seinen Willen bei dem Vertrag festzuhalten. [11a]) Das H.G.B. bezeichnet in den Art. 63 und 64 einzelne hierher gehörige Fälle, indeß geschieht dies nicht in der Absicht, das richterliche Ermessen zu beschränken. Weder soll die Aufzählung eine erschöpfende sein [12]), noch ist es die Absicht des Gesetzes, den Richter derartig zu binden, daß in den benannten Fällen unter allen Umständen die Aufhebung des Vertrages ausgesprochen werden müßte. [13]) Die Rücktrittsbefugniß ist mit dem Eintritte der betreffenden Thatsache selbst gegeben, es bedarf keines die Aufhebung des Vertrages aussprechenden Urteils. [14]) Durch Vertragsberedung kann solchen That-

---

auf eine Abänderung der gesetzlichen Kündigungsfristen zu schließen, Cl. u. A. 3. 475, auch oben Anm. 2. Nicht an die gesetzliche Kündigungsfrist gebunden ist der Prinzipal bei einer blos probeweisen Anstellung, Bu. 28. 11 (Frankf. 70); Wolff a. a. O. S. 121. Kündigungsfrist im Fall einer Relokation Anm. 2.

[9]) Pr. 60 verwies auch hier auf den Ortsgebrauch; der betr. Passus wurde indeß bereits in 1. Les. gestrichen, „um dem H.G.B. überall seine Wirksamkeit zu sichern, wo nicht etwas Anderes vertragsmäßig feststeht", Prot. 101. Richtig Bu. 14. 402 (K.G. Berlin 67); unrichtig Cl. u. A. 1. 34; Bu. 22. 468 (Ob.G. Wolfenb. 69).

[10]) Art. 62 [1].

[11]) Art. 62 [2]. Die Frage, ob eine Thatsache als wichtiger Grund anzusehen ist, läßt sich nur nach Beschaffenheit des konkreten Falles entscheiden, ist mithin eine That-, keine Rechtsfrage R. 10. 40 (185); 19. 38 (113). Auf die Grundsätze vom s. g. unechten Irrthum will zurückgehen Bu. 36. 178 (A.G. Leipzig 76). In einzelnen Fällen mag dies thunlich sein, größere Bestimmtheit wird dadurch nicht erzielt.

[11a]) Dies können sowohl zufällige Ereignisse wie Thatsachen sein, die ein schuldvolles Verhalten eines der Kontrahenten in sich schließen, R. 21. 82 (252); v. Hahn S. 241. Zur Kasuistik s. Zus. am Schluß d. §.

[12]) Außer den in vor. Anm. Angeff. s. R. 2. 67 (284); 4. 82 (399); 6. 45 (214); 18. 6 (24); 19. 112 (391). Uebereinstimmend auch v. Hahn, v. Völdernd., Thöl, Wendt.

[13]) Uebereinstimmend die in vor. Anm. Genannten, außer v. Völdernd. S. 440 f., vgl. auch Bu. 1. 86.

[14]) v. Hahn S. 241; Voigtel, Bu. 3. 457; Wendt a. a. O. S. 256 f.; anders Thöl § 79; schwankend v. Völdernd., Bu. 1. 278 und Komm. S. 439;

Digitized by Google

sachen, die an sich zu den wichtigen Gründen gehören würden, die Bedeutung eines Aufhebungsgrundes entzogen sein, nur darf eine derartige Uebereinkunft nicht mit Verbotsgesetzen oder der guten Sitte in Widerspruch stehen. [15]) Zu unterscheiden hiervon ist der Verzicht auf die Ausübung der Rücktrittsbefugniß nach Eintritt des Aufhebungsgrundes, der stets zulässig und immer anzunehmen ist, wenn der zum Rücktritt Berechtigte in Kenntniß von der Thatsache, die ihm diese Befugniß gewährt, das Vertragsverhältniß fortsetzt. [16])

Die Folgen der Aufhebung, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob und welche Entschädigungsansprüche aus derselben hervorgehen, sind im H.G.B. nicht regulirt, mithin nach den Handelsgebräuchen und in Ermangelung derselben nach bürgerlichem Recht festzusetzen. [17])

Zusatz. Zur Kasuistik der wichtigen Gründe:

A. Rücktritt des Gehülfen, Art. 63. — Die Praxis ist hier, abgesehen von dem Lehrvertrag, s. unten § 47 Anm. 25 wenig ergiebig. Mißhandlung des Gehülfen durch den Prinzipal, Bu. 39. 196. Ueber den Einfluß einer Aenderung in der Person des Prinzipals R. 18. 96 (374); oben § 45 Anm 21.

B. Rücktritt des Prinzipals, Art. 64 [1]. Untreue und Vertrauensmißbrauch. — Verdächtiges, das Vertrauen des Prinzipals erschütterndes Benehmen des Handlungsgehülfen, auch ohne daß sich die Untreue positiv erweisen

---

Macco, Bu. 3. 248. Für die im Text vertretene Ansicht R. 4. 82 (399); 7. 69 (263); 17. 48 (220); 21. 82 (252); Z. 11. 175; 14. 538 (O.T. Berlin 65, 66), Bu. 9. 386 (A.G. Dresden 66); 11. 237 (Stadtg. Berlin 67); Z. 14. 544 (St.G. Frankf. 68). — Einer Angabe des Grundes bei Ausübung des Rücktrittsrechtes bedarf es nicht. Der Prinzipal kann deshalb die Entlassung des Handlungsgehülfen im Prozeß auch durch andere Gründe rechtfertigen als diejenigen, die er ihm gegenüber bei der Entlassung geltend gemacht hat, selbst durch solche, die ihm z. Z. der Entlassung noch gar nicht bekannt waren, R. 17. 48, unten Anm. 16. Der Beweis für das Vorhandensein der zum Rücktritt berechtigenden Thatsache liegt dem ob, der die Rücktrittsbefugniß geltend macht. Daher muß der Prinzipal, der den Handlungsgehülfen wegen unberechtigter Unterbrechung des Dienstes (Art. 64 [3]) entläßt, nicht blos die Unterbrechung, sondern auch daß dieselbe ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund stattgefunden hat, beweisen, R. 7. 69; 21. 82; Bu. 18. 397 (Dresden 68). — Fassung des Beweisinterlokuts R. 19. 38.

[15]) Zu weit geht v. Völdernd. Komm. S. 439 [1], der den von vorn herein erklärten Verzicht auf das Art. 62—64 sich ergebende Rücktrittsrecht überhaupt für unwirksam hält.

[16]) Unter Umständen kann darin, daß der Prinzipal bestimmte Gründe bei der Entlassung des Handlungsgehülfen namhaft macht, ein Verzicht auf die nicht hervorgehobenen gefunden werden, R. 21. 82. Andererseits ist auch die Geltendmachung verziehener Entlassungsgründe in Verbindung mit neuen Pflichtwidrigkeiten nicht unbedingt ausgeschlossen, R. 17. 48.

[17]) Ein Antrag, eine Bestimmung hierüber in das G.B. aufzunehmen, wurde

Digitized by Google

läßt, Bu. 2. 214 (Nürnb. 63); 11. 237 (Stadtg. Berl. 67); 22. 469 (Ob.G. Wolfenb. 55). Ueberschreiben fingirter oder zweifelhafter Bestellungen seitens des Handlungsgehülfen R. 21. 126 (394). Bu. 27. 115 (Hamb. 71). Verrechnung von Reisetagen, die nicht zu Handlungsreisen verwendet sind, Bu. 23. 5 (Ob. Hamb. (?) 70); 27. 115. Willkürliche Verlängerung der Reisezeit, Veränderung der vorgeschriebenen Reisetour, Z. 8. 165 (O.Tr. Berl. 60); 14. 540 (Hofg. Wiesb. 66). Weigerung des Reisenden, die vereinnahmten Gelder herauszugeben, weil er sie auf das künftige Salair verrechnet, Z. 8. 164 (O.Tr. Berl. 58). Fälschliche Vorspiegelung eines Unwohlseins, Verleitung des Lehrlings zu unrichtigen Angaben, Z. 21. 564 (H.G. Stuttg. 67). Unbefugtes Eröffnen eines Briefes, Bu. 21. 349 (Nürnb. 68). Verrath von Fabrikgeheimnissen, Z. 8. 169 (Zürich). Heimliches Werben um Vertretungen seitens des Handlungsgehülfen für die bevorstehende Selbständigkeit, trotz entgegenstehenden Inhaltes des Engagementsvertrages, Cl. u. A. 4. 734. Das Anfertigen von Notizen über die Kundschaft des Geschäfts ist Bu. 16. 158 (Hamb. 68) nicht für genügend erachtet worden, um die Entlassung des Handlungsgehülfen zu rechtfertigen. — Der Untreue nahe verwandt ist grobe Nachlässigkeit bei Wahrnehmung der dienstlichen Obliegenheiten, Z. 14. 540 (Wiesb. 66, Nürnb. 68); Bu. 22. 469. Dagegen läßt sich unmöglich, wie Bu. 39. 197 f. geschieht, die Weigerung des Reisenden, am Sonntag geschäftliche Anweisungen des Prinzipals entgegenzunehmen, als „ein das nothwendige Vertrauen des Prinzipals zur Ergebenheit und Willfährigkeit seines Angestellten" erschütterndes Benehmen unter den Gesichtspunkt der Untreue bringen.

Art. 64[2]: Unbefugter Handelsbetrieb für eigne Rechnung oder für Rechnung eines Dritten, R. 16. 71 (290); Bu. 19. 25 (A.G. Mannh. 69). Geringfügige Ueberschreitung des Verbots kein Entlassungsgrund, R. 19. 38 (115), Z. 21. 563 (O.H.G. Stuttg. 67), vgl. aber auch Bu. 19. 25.

Art. 64[3]: Verweigerung der Dienste; erhebliche Unterbrechung ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund. Nur die Weigerung solcher Dienste gehört hierher, zu deren Leistung der Handlungsgehülfe verpflichtet ist (oben § 45 S. 319 f.), aber auch eine solche nur, wenn sie nach richterlichem Ermessen erheblich genug ist, um die Entlassung zu rechtfertigen, Z. 8. 167 (St.G. Berl. 63); Bu. 13. 277 (A.G. Eisen. 67); 15. 76; 18. 40 (St. u. A.G. Frankf.); 21. 344 (Nürnb. 68.). Unter Umständen kann schon eine eintägige Unterbrechung genügen, Bu. 30. 160 (Nürnb. 72). Ein Handlungsgehülfe, der in Folge einer Erkrankung während einer erheblichen Zeit (in casu 14 Tage) aus dem Dienst fortbleibt, muß dafür sorgen, daß der Prinzipal zeitig in Kenntniß gesetzt werde, sonst liegt ein

---

abgelehnt, Prot. 102. Ebenso fiel durch Stichentscheid des Vorsitzenden ein späterer Antrag, das Interesse in solchen Fällen auf das Gehalt für das laufende und das nächstfolgende Quartal festzusetzen, Prot. 108, 112. — Für das gemeine Recht vgl. R. 10. 47 (224); für das preußische Recht R. 13. 75 (221), 17. 48 (220); Z. 8. 164; 14. 538; Bu. 11. 235 (O.Tr. Berlin 57, 66); österr. Recht Cl. u. A. 3. 265. — Handelsgebräuche und bürgerliches Recht entscheiden nicht blos bezüglich der Entschädigungsansprüche, sondern auch hinsichtlich der sonstigen Folgen der Aufhebung, so z. B. über die Frage, ob der Prinzipal verpflichtet ist, dem austretenden Handlungsgehülfen ein Zeugniß auszustellen, Z. 21. 566 (Nürnb. 70).

Digitized by Google

unentschuldigtes Ausbleiben vor, auf Grund dessen die Entlassung erfolgen kann, Bu. 21. 351 (Nürnb. 68). Unfleiß und Ungehorsam als Entlassungsgrund, Bu. 11. 376. Vereitelung der vom Geschäftsinhaber getroffenen Anordnungen Cl. u. A. 4. 610.

Art. 64[4]: Anhaltende Krankheit oder Kränklichkeit, längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit. Eine unverschuldete Krankheit muß, um als anhaltend zu gelten, über sechs Wochen dauern, oben § 45 Anm. 40. Im Uebrigen ist auch hier Alles richterlichem Ermessen anheimgestellt. Mit Unrecht will Bu. 18. 395 unter anhaltender Krankheit nur eine solche verstehen, deren naturgemäße Heilung sich verzögert, nicht eine regelmäßig verlaufende. Entlassung wegen ansteckender, Ekel erregender Krankheiten kann auf Grund von Art. 62 gerechtfertigt sein, fällt aber nicht unter Art. 64[4], Z. 14. 538 (O.Tr. Berl. 66).

Art. 64[5]: Thätliche Mißhandlungen, erhebliche Ehrverletzungen Cl. u. A. 4. 552; Bu. 33. 310 (Ob.H.G. Stuttg. 75). Mangel der erforderlichen Ehrerbietung Bu. 11. 377 (Nürnb.). Beleidigung der Ehefrau des Prinzipals Bu. 9. 380 (A.G. Dresd. 66).

Art. 64[6]: Unsittlicher Lebenswandel. Oben S. 329. Hierzu Z. 8. 172 (Dresd. 58); Bu. 12. 247 (St.G. Berl. 67); 16. 157 (H.G. Hamb. 68); 22. 298 (A.G. Mannh. 70).

Andere Gründe: Irrthum in Betreff der Unbescholtenheit des Handlungsgehülfen Z. 8. 171 (Wolfenb. 58). Mangelhafte Schulbildung, unorthographisches Schreiben Z. 14. 541 (Frankf. 69). Konkurseröffnung über das Vermögen des Handlungsgehülfen R. 18. 6 (28). Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Prinzipals begründet für den Verwalter die Befugniß, den Vertrag mit Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist aufzuheben, R.Konk.O. 19, Wendt in Endem's Handb. I S. 266; anders nach österr. Recht Cl. u. A. 3. 375. Früheres (preuß.) Recht R. 19. 112 (392); auch Bu. 14. 398 (K.G. Berl. 66); 3. 466 (Voigtel).

Wenn der Gehülfe sich zu rechtlich unstatthaften Dienstleistungen verpflichtet hat, so liegt nicht, wie Bu. 24. 305 f. angenommen wird, ein Aufhebungsgrund sondern ein von vorn herein ungültiger Vertrag vor.

Zu bemerken ist noch: a) Mehrere der vorstehenden oder ähnliche Thatsachen können, auch wenn sie einzeln nicht erheblich genug sind, doch in Verbindung mit einander als Aufhebungsgründe in Betracht kommen, R. 19. 38 (114); b) der durch das widerrechtliche Verhalten des einen Theils gegebene Grund zur Vertragsaufhebung wird durch nachträgliches unangemessenes Verhalten des Gegenkontrahenten nicht beseitigt, Bu. 25. 390.

§ 47.

Handlungslehrling.[1])

Die vorstehenden Grundsätze finden im Allgemeinen auch auf Handlungslehrlinge[2]) Anwendung. Modifikationen derselben ergeben sich

---

[1]) Zimmermann über den kaufmännischen Lehrvertrag, Bu. 29. 36 ff. (handelt von den Folgen des Rücktritts, gegen das R.O.H.G.), Zusammenstellung von Entscheidungen bei Gruchot 19 S. 819; Pard. 2 No. 518—522.

[2]) Ueber den Unterschied zwischen Handlungslehrlingen und Lehrlingen eines Kaufmannes, oben § 44 Anm. 14.

Digitized by Google

theils aus dem Verhältniß, in welchem die den Lehrvertrag abschließenden Personen zum Lehrling stehen, theils aus dem Zweck des Erlernens und der Heranbildung zum künftigen Beruf, durch den der Inhalt des Lehrlingsverhältnisses bestimmt wird. Im Einzelnen ist Folgendes hervorzuheben [3]):

1. Der Abschluß der Lehrverträge erfolgt regelmäßig durch Personen, denen die Vertretung oder die Sorge für die Erziehung des Lehrlings obliegt oder die sich dieser Sorge freiwillig unterzogen haben. [4]) In Bezug auf die rechtliche Stellung derselben beim Vertragsschluß sind nachstehende Fälle zu unterscheiden: a) der Vormund kontrahirt als Vertreter des Mündels, die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem von ihm abgeschlossenen Lehrvertrag treffen daher nicht ihn, sondern den Lehrling. [5]) b) Bei den Personen, die als s. g. natürliche Vormünder zur Vertretung des Kindes befugt, aber zugleich verpflichtet sind, für die Erziehung desselben zu sorgen (Vater, väterliche Ascendenten bei ehelichen, Ascendenten der Mutter bei unehelichen Kindern) ist zwar die Möglichkeit, daß sie als Vertreter des Kindes handeln, ebenfalls vorhanden, im Zweifel aber anzunehmen, daß sie in eignem Namen kontrahiren [6]), sowohl weil sie durch die Eingehung

[3]) Nach § 115, 116 des ursprünglichen Textes der R.Gew.O. waren von der Befugniß, Lehrlinge unter 18 Jahren zu halten, die Personen ausgeschlossen, denen wegen anderer als politischer Verbrechen oder Vergehen der Vollgenuß der bürgerlichen Ehrenrechte entzogen war oder die wegen Diebstahls oder Betruges rechtskräftig verurtheilt waren. Und zwar war diese Bestimmung auch auf Handlungslehrlinge anwendbar. Dagegen ist die Anwendbarkeit der entsprechenden Bestimmung im § 106 des revid. Textes auf dieselben ausdrücklich ausgeschlossen, rev. Text § 154. Die Befugniß zum Halten von Handlungslehrlingen fällt demnach mit der Befugniß zum selbständigen Gewerbebetrieb überhaupt zusammen.

[4]) Der Vater schließt den Lehrvertrag: R. 1. 6 (33 ff.); 2. 31 (134); 9. 84 (279); 13. 37 (106); 14. 6 (16); Seu. 11. 238; 29. 166; 30. 75; Bu. 17. 196 (O.Tr. Berlin 68); Z. 14. 542 (Dillenburg 66); 21. 567 (Celle 72). Die Mutter R. 10. 47 (220); die Mutter, die zugleich Vormünderin ist, Bu. 21. 329 (Nürnb. 68); die Mutter und der minderjährige Lehrling selbst mit nachträglicher Genehmigung des Vaters R. 17. 90 (394). Der Bruder R. 14. 69 (206).

[5]) Es ist allerdings möglich, daß der Vormund den Lehrvertrag nicht blos als Vertreter des Mündels, sondern zugleich in eignem Namen abschließt. Dies ist aber nur dann anzunehmen, wenn er eine besondere Veranlassung hat, für die Erziehung des Mündels in einem über die vormundschaftlichen Pflichten hinausgehenden Umfang einzutreten, wie z. B. wenn die Mutter Vormünderin des Kindes ist, Bu. 21. 329.

[6]) R. 9. 84; 13. 37; 14. 6; Seu. 11. 238; Bemerkung des Refer. zu R. 2. 31 (136). Anders wenn der Vater den vom Sohn abgeschlossenen Vertrag hinterher genehmigt, R. 17. 90.

Digitized by Google

des Lehrvertrages ein eigenes Interesse wahrnehmen, als auch, weil es regelmäßig dem Interesse des Lehrherrn entspricht, nicht mit dem Lehrling, sondern mit großjährigen und selbständigen Kontrahenten in Verkehrsbeziehungen zu treten. c) Personen, die keine Vertretungsbefugniß haben, können, gleichviel ob ihnen eine Erziehungspflicht obliegt oder ob sie sich freiwillig der Erziehung des Lehrlings annehmen, durch den Abschluß von Lehrverträgen nur sich selbst verbindlich machen.

2. Wird der Lehrvertrag nicht im Namen des Lehrlings, sondern von dritten Personen in eignem Namen abgeschlossen, so enthält derselbe das Versprechen von Handlungen eines Nichtkontrahenten (des Lehrlings) sowie von Leistungen an denselben. Die Bedeutung eines Vertrages, in welchem Handlungen eines Dritten versprochen werden, kann an sich die sein, „daß der Versprechende verpflichtet sein will, nach seinen Kräften dafür zu sorgen, daß der Dritte in der bezeichneten Weise handle oder daß er verpflichtet werden will, unter allen Umständen für das Handeln des Dritten einzustehen" (Windscheid § 317). Im Gegensatz zu den allgemeinen Interpretationsregeln spricht im vorliegenden Fall die Vermuthung für die weitergehende Verpflichtung, da mit Rücksicht auf das bereits hervorgehobene Interesse des Lehrherrn, einen sich voll und wirksam verpflichtenden Gegenkontrahenten zu haben, wie auch wegen der Stellung, welche die mit dem Lehrherrn kontrahirenden Personen zum Lehrling einnehmen, regelmäßig vorauszusetzen ist, daß dieselben für dessen vertragsmäßiges Verhalten Gewähr leisten wollen. [7]) — Im Hinblick auf die Leistungen des Prinzipals an den Lehrling ist der von dritten Personen geschlossene Lehrvertrag als Vertrag zu Gunsten Dritter anzusehen, sofern es nicht in der Absicht der Kontrahenten liegt, daß lediglich der Gegenkontrahent des Prinzipals aus dem Vertrag berechtigt werden soll. [8])

---

[7]) R. 14. 6; übereinstimmend Seu. 11. 238; Bu. 21. 329. Haftung des Kindes neben dem Vater, Behrend Ztschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. Bd. 6 S. 108; vgl. auch R.Gew.O. § 133 Abs. 2 (rev. Text). Die obige Verpflichtung erstreckt sich auf alle aus der Lehrlingsstellung hervorgehenden Obliegenheiten des Lehrlings, positiver wie negativer Art. Daß der Vater gehalten ist, dem Lehrherrn in der Durchführung seiner Ansprüche gegen den Lehrling behülflich zu sein, nimmt R. 13. 37 selbst für den Fall an, daß der Vater den Vertrag nur Namens seines minderjährigen Sohnes abgeschlossen hat.

[8]) Ersichtlich ist letzteres namentlich dann, wenn der Vater den Vertrag abgeschlossen hat. In Ermangelung entgegenstehender Abreden ist hier immer anzunehmen, daß derselbe nur persönlich berechtigt werden will. Von einem, sei es ursprünglichen, sei es abgeleiteten Recht des Kindes ist zunächst nicht die

Digitized by Google

3. Der Lehrvertrag ist gleich dem Engagementsvertrag ein wesentlich zweiseitiger Vertrag.[9] Der Prinzipal übernimmt die Verpflichtung, den Lehrling durch angemessene Beschäftigung während der Lehrzeit für den kaufmännischen Beruf auszubilden. Die Gegenleistung besteht darin, daß ihm während dieser Zeit die Dienste des Lehrlings zu Gebote stehen.[10] Hierzu kommen vielfach Nebenverpflichtungen verschiedener Art. Häufig wird dem Lehrling Wohnung und Kost vom Prinzipal gewährt[11], auch bezieht er öfters, namentlich während des späteren Theiles der Lehrzeit, ein Gehalt.[12] Andererseits kommt es vor, daß dem Prinzipal außer dem Anspruch auf die Dienste des Lehrlings noch eine anderweite Vergütung (das Lehrgeld) gewährt wird.[13] In allen diesen Beziehungen entscheidet in Ermangelung vertragsmäßiger Abreden der Ortsgebrauch, eventuell richterliches Er-

Rede. Der Vater behält die Disposition über die aus dem Vertrag hervorgehenden Berechtigungen. Erst wenn derselbe während der Lehrzeit verstirbt, ist ein Eintritt des Kindes in den Vertrag, und zwar ohne Rücksicht auf die Beerbung des Vaters, als dem Willen der Kontrahenten entsprechend anzusehen. Dieselben Gesichtspunkte greifen regelmäßig auch dann durch, wenn der Lehrvertrag von anderen zur Erziehung verpflichteten Personen geschlossen, wogegen da, wo dritte Personen aus freiwilliger Fürsorge mit dem Lehrherrn kontrahirt haben, die Annahme näher liegt, daß sofort ein Klagerecht für den Lehrling begründet werden sollte.

[9]) R. 1. 6. (33); 9. 84 (279); 14. 69 (206); 17. 5 (18 f.) Wie der Engagementsvertrag ist auch der Lehrvertrag einseitiges Handelsgeschäft. Anwendbarkeit des Art. 317 auf Lehrverträge Z. 21. 558 (O.Tr. Berlin 68), des Art. 283 R. 14. 6 (16).

[10]) Vgl. unten zu Anm. 29.

[11]) Nicht so häufig vorkommend wie bei Handwerkslehrlingen, ist eine derartige Abrede doch auch in unserem Fall nicht ungewöhnlich R. 7. 73 (277); 14. 69; Z. 21. 567, 568 (Celle 72, Nürnb. 71); Seu. 30. 75 (Wolfenb. 72).

[12]) „Taschengeld" R. 10. 47 (223).

[13]) Wenn ein Lehrgeld verabredet ist, so bildet dies, mit den Diensten des Lehrlings zusammen, das Aequivalent für die Leistungen des Lehrherrn; es ist also im Zweifel nicht blos als die Vergütung für die dem Lehrling gewährte Wohnung und Kost anzusehen Z. 21. 568 (Nürnb. 71). Vgl. über das Lehrgeld noch Z. 14. 543 (Frankf. 69); Bu. 21. 329 (Nürnb. 68); über andere Nebenabreden beim Lehrvertrag R. 10. 47 (224); 17. 5 (18). — Anspruch auf das Lehrgeld, wenn der Lehrling während der Lehrzeit stirbt? Pard. 2. 521 will dem Lehrherrn in solchem Fall stets das ganze Lehrgeld zusprechen, weil der Lehrvertrag einen aleatorischen Charakter habe (referme en quelque sorte une stipulation aléatoire). Bei uns entscheidet auch hierüber in Ermangelung von Ortsgebräuchen oder Ortsverordnungen das richterliche Ermessen.

Digitized by Google

messen.[14]) In gleicher Weise ist auch die Dauer der Lehrzeit zu bestimmen, nur bilden hier etwaige nach Maßgabe der Reichsgewerbeordnung erlassene Ortsverordnungen eine mit den Ortsgebräuchen gleichwerthige Entscheidungsquelle.[15])

4. Die Römischen Juristen betrachten den Lehrvertrag als eine locatio conductio operis, das verdungene Werk ist die Ausbildung des Lehrlings.[16]) Wird, was unserer Anschauung mehr entspricht, die dienstliche Stellung des Lehrlings zum Lehrherrn in den Vordergrund gestellt, so ist der Vertrag als eine besondere Art des Dienst- oder Arbeitsvertrages aufzufassen.[17]) In Bezug auf diese Stellung ist außer dem bereits Hervorgehobenen noch Folgendes zu bemerken: a) „Der Prinzipal soll den Lehrling schrittweise und allmälig in das Geschäftsleben einführen, ihn in angemessener Stufenfolge mit den verschiedenen Geschäftsaufgaben vertraut machen und ihm bei Ausführung der übertragenen Dienste entsprechende Unterstützung und Ueberwachung angedeihen lassen".[18]) Er darf die Dienste des Lehrlings nur insoweit in Anspruch nehmen, als dies unbeschadet der von ihm übernommenen Verpflichtung geschehen kann.[19]) Auch darf die Beschäftigung nicht der Art sein, daß sie die allgemeine Fortbildung, deren der Lehrling bedarf, unmöglich macht.[20]) b) Der Lehrling

---

[14]) Art. 57, oben 45 Anm. 12 ff. Ortsgebräuchliche, bezw. angemessene Vergütung für Dienste des Lehrlings außerhalb der Komptoirstunden B u. 40. 255 (Nürnb. 73).

[15]) Art. 61². Die Einschaltung der Ortsverordnungen neben dem Ortsgebrauch stammt aus 1. Les. und ist hier damit motivirt, daß „Partikulargesetze über die Dauer der Lehrzeit von gleicher Wichtigkeit sind wie der Ortsgebrauch." Dagegen verweist Art. 61² nicht auf das richterliche Ermessen. Daß aber eventuell auch auf dieses zurückzugehen ist, folgt schon aus dem favor negotii.

[16]) L. 13 § 3, 4 D. loc. (19. 2); L. 5 § 3 D. ad L. Aquil. (9. 2); Arndts Pand. § 315¹; Zimmermann a. a. O. S. 43 Anm., Mandry civilr. Inh. d. Reichsges. S. 340.

[17]) Die sächs. Praxis hat auch nach dem Inkrafttreten des bürgerl. G.B.'s an der Auffassung als einer locatio conductio operis festgehalten, R. 14. 69. Mit den übrigen Civilgesetzbüchern steht die im Text vertretene Auffassung besser im Einklang.

[18]) Gruchot 19. 832 (Nürnb. 74).

[19]) Der Schwerpunkt liegt bei der Anwendung der vorstehenden Grundsätze in der richtigen Würdigung des einzelnen Falles. Beschäftigung mit häuslichen oder rein mechanischen Diensten Z. 14. 542 f. (Wiesb. 61, Frankf. 69); Bu. 21. 332 (Nürnb. 61). Andererseits Uebertragung von Geschäften, die über den Bereich der Lehrlingsstellung hinausgehen Z. 21. 567 (Celle 72); Gruchot 19. 832 (Nürnb. 74).

[20]) R.Gew.O. § 126 (rev. Text), zwar nicht direkt, aber doch analog auch auf

Digitized by Google

steht unter der Disziplin des Lehrherrn, die sich namentlich dann, wenn er in den Hausstand des Prinzipals aufgenommen ist, der väterlichen Erziehungsgewalt nähert.[21]) Insbesondere ist das mäßige Züchtigungsrecht (levis dumtaxat castigatio), welches das Römische Recht dem Lehrherrn in Bezug auf den puer parum bene faciens einräumt, auch jugendlichen Handlungslehrlingen gegenüber in dazu geeigneten Fällen nicht ausgeschlossen.[22]) Reichen die dem Prinzipal zu Gebote stehenden Disziplinarmittel nicht aus, so kann er gerichtliche Hülfe in Anspruch nehmen, die nach vorgängiger causae cognitio zu gewähren ist. Ebenso kann dieselbe Behufs Zurückführung entlaufener Lehrlinge angerufen werden.[23])

5. Die ihrer Natur nach unveräußerlichen elterlichen Rechte werden durch die dem Lehrherrn eingeräumten Befugnisse weder beseitigt nach eingeschränkt. Namentlich wird durch dieselben das Recht des Vaters an der Person des Kindes nicht verkürzt. Daher darf das Einschreiten der Obrigkeit nicht gegen den Willen des Vaters stattfinden und ebenso wenig darf trotz des Lehrvertrages der Lehrherr die Person des Kindes dem Vater vorenthalten. Daran wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß der Vater selbst den Lehrvertrag abgeschlossen hat, da er hierdurch nicht gehindert wird, später andere Dispositionen über die Erziehung des Kindes zu treffen.[23a])

Handlungslehrlinge anwendbar. Nach dem ursprünglichen Text galt die Vorschrift des früheren § 106² (Zwang zum Besuch der Fortbildungsschulen) auch für Handlungslehrlinge unter 18 Jahren. Dies ist durch die Revision beseitigt.

[21]) R. 2. 31 (134); 5. 31 (143); 7. 73 (277); 9. 84 (279); Z. 21. 567 (Celle 72). Analog auch R.Gew.O. 126, 127 (rev. Text).

[22]) L. 5 § 3 D. ad L. Aquil. (92); L. 13 § 3, 4 loc. (19. 2), oben Anm. 16; Bu. 5. 504 (Darmst. 64). In der Regel wird freilich nach Alter und Bildung des Lehrlings körperliche Züchtigung nicht als geeignetes Zuchtmittel gelten können.

[23]) R. 2. 31. Nicht unmittelbar anwendbar ist hier R.Gew.O. 130. Vielmehr wird das Einschreiten der Obrigkeit im Allgemeinen nach den Grundsätzen erfolgen müssen, nach denen dasselbe auf Veranlassung der Eltern stattfindet, L. 3 C. de pa. po. (8. 46); L 9 § 3 D. de off. proc. (1. 16); Windscheid § 514 Anm. 6. Vgl. auch Pr. L.R. II. 2. § 86—89, österr. G.B. 145, sächs. G.B. 1805. Zweifelhafter ist, ob sich auch Code civil 375 ss., 380, 468 (Einsperrung des Kindes auf Antrag der Eltern oder des Vormundes) im vorliegenden Fall analog anwenden läßt. — Das Einschreiten der Gerichte erfolgt nicht im Prozeßwege, sondern auf Grund vorgängiger causae cognitio im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach Landesrecht können auch andere Behörden als die Gerichte für ein derartiges Einschreiten zuständig sein, R. 5. 31 (143 f.), oben § 45[13].

[23a]) Vgl. die Anm. 27 angeff. Entscheidungen. Für das gemeine Recht darf man sich auf L. 1 pr. § 1, 2; L. 3 pr. § 1, 2 D. de liber. exhib. (43. 30) be-

Digitized by Google

6. Die Beendigung des Lehrverhältnisses erfolgt aus den im vor. §. erörterten Gründen mit der Modifikation, daß die Dauer der Lehrzeit in Ermangelung einer Uebereinkunft nach den zu 3. angegebenen Regeln bestimmt wird. — Bei der Aufhebung aus wichtigen Gründen kommt die besondere Natur des Lehrlingsverhältnisses insofern zur Geltung, als sie auf die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe von Einfluß ist.[24]) Gründe, die den Gegenkontrahenten des Prinzipals zum Rücktritt berechtigen, sind namentlich: ungeeignete oder Mangel einer geeigneten Beschäftigung des Lehrlings, Gefährdung seiner sittlichen oder körperlichen Entwicklung;[25]) für den Prinzipal Entlaufen des Lehrlings, zumal wenn dasselbe wiederholt stattgefunden hat.[26]) In Bezug auf die Folgen der Nichterfüllung und Aufhebung ist hervorzuheben: a) Der Prinzipal hat keine Klage auf die Dienste des Lehrlings oder auf die Wiederzuführung entlaufener Lehrlinge, genauer: er kann eine solche Klage nicht mit der Wirkung anstellen, daß eine hierauf gerichtete Zwangsvollstreckung eintritt. Das zu 5. erwähnte Einschreiten der Obrigkeit ist keine prozessualische Maßregel.[27]) b) Bei

---

rufen, wonach gegenüber dem interd. de liberis exhibendis vel ducendis kein Retentionsanspruch auf Grund eines Vertrages statthaft ist (praetor non admittit causam, cur apud eum sit is, qui exhiberi debet.) Von zweifelhafterem Werth ist die in R. 9. 84 geltend gemachte Analogie von R.Gew.O. § 122 (alter Text), vgl. § 131 im rev. Text. A. M. Zimmermann, a. a. O. S. 49. — Erziehungsgewalt der Mutter? Burchardi Arch. f. civ. Pr. Bd. 5 S. 188 f.

[24]) Im Allgemeinen sind auch hier die in den Art. 63 und 64 hervorgehobenen Fälle als leitend für das richterliche Ermessen zu betrachten.

[25]) R. 1. 6 (34); 13. 39 (109); Z. 14. 542 f. (Wiesb., Frankf.); Bu. 5. 504 (Darmst. 64); 20. 67 (Naumb. 69); 21. 332; 24. 303 (Nürnb. 68, 69); Heuser Annal. Bd. 22 S. 149. Natürlich genügen nicht bloße Besorgnisse, so lange dieselben noch keine greifbare Gestalt angenommen haben. Dies ist auch wohl der Grund, weswegen in R. 1. 6 die Besorgniß einer nachtheiligen Einwirkung auf die religiöse Richtung des Lehrlings nicht als Entlassungsgrund betrachtet worden ist; Thöl § 79[6].

[26]) Sowohl wegen der in einem solchen Betragen enthaltenen Insubordination wie wegen der dadurch veranlaßten Störung des Dienstes; R. 14. 6 (20). Bei schlechtem Betragen des Lehrlings kann es unter Umständen als Pflicht des Lehrherrn erscheinen, vor der Entlassung den Vater zu benachrichtigen, Seu. 30. 75 (O.G. Wolfenb. 72).

[27]) R. 2. 31 (134); 5. 31 (143); 7. 73 (277); 9. 84 (279); 10. 47 (224); 13. 37 (106); 14. 69 (208); Z. 14. 542 (Dillenburg); Bu. 22. 457 (Jena 71). In R. 5. 31 wird zwar prozessualische Behandlung eines vom Lehrherrn auf Zurückführung des Lehrlings gestellten Antrages verfügt, indeß nur weil im vorl. Fall darin nicht ein Antrag auf bloße Disziplinarmaßregeln, sondern ein Anspruch auf

Digitized by Google

Bemessung des Interesses der Nichterfüllung ist zu berücksichtigen, daß im Beginn der Lehrzeit regelmäßig die Bemühungen des Prinzipals, am Ende derselben die Dienste des Lehrlings den überwiegenden Theil der Leistung bilden. „Der Lehrherr findet regelmäßig in der ihm zustehenden Ausnutzung der dem Lehrling allmälig beigebrachten Geschäftskenntniß und Leistungsfähigkeit das Aequivalent für seine während des ersten Theils der Lehrzeit aufgewendeten Bemühungen und Auslagen." [29]) Entgeht dem Prinzipal die Arbeitskraft eines bereits vorgeschrittenen Lehrlings, so wird er sich in der Mehrzahl der Fälle nur durch das Engagement eines Handlungsgehülfen Ersatz verschaffen können. c) Dem Zweck des Lehrverhältnisses entsprechend ist der Lehrherr auch ohne besondere Abmachung für verpflichtet zu erachten, dem Lehrling ein wahrheitsgemäßes Zeugniß über seine Kenntnisse und Fertigkeiten sowie über seine Führung während der Lehrzeit auszustellen. [30]) [31])

Vertragserfüllung gefunden wurde. Ueber die materielle Beurtheilung dieses Anspruches spricht sich die Entsch. nicht aus. Bedenken gegen den im Text ausgesprochenen Grundsatz hat Mandry a. a. O. S. 342[4].

[28]) Der Anspruch auf das Interesse steht ebenso wie im Fall der Nichterfüllung dann zu, wenn einer der beiden Theile dem andern durch sein schuldvolles Verhalten Grund zum Rücktritt gegeben hat. Mit Unrecht verlangt Bu. 39. 196 (Zwickau 77) in diesem Fall zur Wahrung des Entschädigungsanspruches einen besonderen Vorbehalt.

[29]) R. 17. 5 (18 a. E.); 1. 6 (33). — Die Bestimmung im § 133 [1] R.Gew.O. (rev. Text) ist wegen ihrer singulären Natur auch nicht analog auf Handlungslehrlinge anwendbar. — Ueber den Umfang des Interesses s. auch R. 1. 6; 9. 84; 10. 47; 13. 37; 14. 6, 69; Bu. 17. 196; 21. 329 (O.Tr. Berlin 68; Nürnb. 68); Z. 21. 568 (Nürnb. 71). Ansprüche des Lehrlings bei einem Vertragsbruch des Lehrherrn R. 7. 73.

[30]) Das Bedürfniß nach einem derartigen Ausweis ist für Handlungslehrlinge in viel höherem Maß vorhanden als für Handlungsdiener; vgl. auch § 129 R.Gew.O. (rev. Text). Durch die Ausstellung eines wahrheitswidrigen Zeugnisses kann der bisherige Lehrherr auch Dritten gegenüber verantwortlich werden.

[31]) Eine ähnliche aber unbestimmtere Bedeutung als Lehrling hat der Ausdruck Volontär. Die Bezeichnung paßt an sich auf Jeden, der in einem kaufmännischen Geschäft ohne bestimmte Verpflichtung thätig ist. Vorzugsweise versteht man darunter Jemanden, der sich des Erlernens halber in einem Geschäft befindet, ohne gerade in ein Lehrlingsverhältniß getreten zu sein; dann aber auch den Lehrling, der nach abgelaufener Lehrzeit ohne besonderes Abkommen noch im Geschäft seines Lehrherrn verbleibt; Bu. 21. 331; 25. 388 (Nürnb. 68; H.G. Lübeck 71).

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Stellvertretung.

§ 48.

A. Arten der handelsrechtlichen Stellvertretung.[1])

Die Bestimmungen des H.G.B.'s über Stellvertretung beziehen sich 1) auf die Fälle, in denen der Vertreter Organ eines kaufmännischen Gewerbebetriebs ist, und 2) auf diejenige Vertretung, die, ohne daß diese Voraussetzung zutrifft, Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat. Zu den Fällen der ersteren Art, die als kaufmännische Stellvertretung im e. S. bezeichnet werden kann, gehören: a) die Prokura; b) die Handlungsvollmacht; c) die bei den Handelsgesellschaften und der eingetragenen Genossenschaft vorkommenden Fälle der Stellvertretung durch Gesellschafter, Vorstand, Liquidatoren. Gemeinsam ist den hier genannten Fällen, daß der Umfang der Vertretungsbefugniß gesetzlich normirt ist, daß die Vertretung auf den Betrieb eines Handelsgewerbes Bezug hat und daß sich in der Stellung des Vertreters seine Eigenschaft als Organ des Handelsbetriebs zu erkennen giebt. In letzterer Hinsicht ist äußerlich bezeichnend, daß in sämmtlichen vorgenannten Fällen der Vertreter die Firma des Geschäfts, für welches ihm Vertretungsbefugniß zusteht, zu zeichnen berechtigt ist.[2])

Bei den Vollmachten der zweiten Art kommt es lediglich darauf an, daß sie auf Handelsgeschäfte[3]) gerichtet sind. Der Vertretene

[1]) Ueber handelsrechtliche Stellvertretung im Allgemeinen vgl. Martens, Heise § 28; Brinckmann § 120; Thöl § 55—76; Endemann § 27—31; Wendt in Endem.'s Handb. I § 69—73. Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschl. von Rechtsgeschäften nach dem D. H.G.B. Z. 10. 183. Ladenburg, Die Vollmacht als Verkehrsmittel Z. 11. 72. Schliemann Stellvertreter, Bote, Briefträger Z. 16. 1. Roemer, Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst Z. 19. 67. Keyßner, Die Vollmacht und die vom Handelsgericht ausgestellten Zeugnisse Bu. 11. 189. v. Canstein über Stellvertretung mit bes. Rücksicht auf das H.R. Bu. 21. 226. Ladenburg, Die Vollmacht, Bu. 40. 89. Curtius, Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 69. — Zu den einzelnen Lehren s. d. Liter. in d. folg. §§. — Pard. 2 No. 555—62; Kist I bl. 112 v.; Vidari I No. 231—90; No. 301—28.

[2]) Ueber das Verhältniß von Stellvertretung und Gehülfenstellung s. oben § 43.

[3]) Gleichviel ob einseitige oder zweiseitige, Art. 277.

Digitized by Google

kann sowohl Kaufmann wie Nichtkaufmann sein; die Geschäfte können in Verbindung mit einem Handelsgewerbe wie außerhalb eines solchen stehen; die Vertretungsbefugniß kann sich auf einzelne bestimmte wie auf eine Gattung von Geschäften erstrecken und in letzterem Fall mehr oder weniger umfassend sein. Auch eine von einem Kaufmann in Bezug auf sein Handelsgewerbe ertheilte generelle Vollmacht gehört mithin hierher, wenn sie nicht auf den Betrieb des ganzen Handelsgewerbes gerichtet und der Vertreter nicht Gehülfe des Vertretenen, sondern selbständige Hülfsperson ist.

Nachstehend sollen die allgemeinen Grundsätze der handelsrechtlichen Stellvertretung und demnächst die einzelnen Fälle derselben, mit Ausschluß jedoch der speciell in das Gesellschaftsrecht gehörigen, die dort ihre Stelle finden, erörtert werden.[4])

§ 49.

B. Allgemeine Grundsätze. 1) Erfordernisse und Wirkung.

I. Für alle im vorigen § erwähnten Fälle gilt in gleicher Weise das Prinzip der s. g. direkten (unmittelbaren, offenen) Stellvertretung, welches darin besteht, daß die rechtlichen Folgen der Handlungen des Vertreters unmittelbar dem Vertretenen zugerechnet werden.[1]) Da, wo der Vertreter lediglich als solcher und nicht zugleich als Prinzipal

---

[4]) Außer Betracht bleiben hier zunächst auch die dem Seerecht angehörigen Fälle der Stellvertretung.

[1]) H.G.B. 52, 298, 114, 137, 153, 196, 230, Genossensch.ges. § 20, österr. Gen.ges. § 18. Die direkte Stellvertretung begreift alle Handlungen, die zu dem Zweck und mit dem Erfolg geschehen, rechtliche Beziehungen unmittelbar zwischen dem Vertretenen und dritten Personen zu begründen. Das s. g. Kontrahiren in fremdem Namen ist, auch wenn man lediglich das Gebiet des Obligationenrechts ins Auge faßt, nur *ein* Fall der Stellvertretung, an dessen genauerer Begrenzung, seitdem das Prinzip der direkten Stellvertretung allgemein anerkannt ist, kein erhebliches Interesse mehr besteht. Abgabe und Entgegennahme von Erklärungen sind, vorausgesetzt daß der Vertreter den Willen hat, für den Vertretenen zu handeln und nicht ein „bewußt- und willenloses Werkzeug" ist, ebenso gut Stellvertretungsakte, wie wenn der Vertreter als Kontrahent für den Vertretenen auftritt. Es ist daher auch nicht gerechtfertigt, wenn, wie namentlich *Laband* Z. 10 S. 189 und neuerdings in anderer Weise *Schliemann* Z. 16. 1 ff. versucht haben, hierauf eine begriffliche Gegenüberstellung des Stellvertreters und des Boten gegründet wird. Bote und Stellvertreter können im heutigen Recht überhaupt nicht als Gegensätze betrachtet werden, *Sav.* Obl.recht II S. 57 f. Ueber Begriff und Prinzip der Stellvertretung vgl. R. 2. 89 (402); 5. 27 (113); 6. 91 (406); 7. 82 (315); 9. 108 (385); 13. 105 (328); *Seu.* 13. 93 (Stuttg. 54, 57); 15. 111 (Dresd. 61).

Digitized by Google

auftritt, hat dieses Prinzip überdies die Bedeutung, daß der Vertreter selbst durch seine Handlungen weder berechtigt noch verpflichtet wird.[2])

II. Die Wirkung der Stellvertretung tritt nur ein, wenn 1) eine Handlung vorliegt, hinsichtlich deren die Vertretung rechtlich statthaft ist; 2) der Vertreter in der Eigenschaft als solcher handelt und 3) die für die betreffende Handlung erforderliche Vertretungsbefugniß oder Vollmacht besitzt.

Im Einzelnen ist hierzu zu bemerken:

1) Die Zulässigkeit der Stellvertretung gilt gegenwärtig im Vermögensverkehr unter Lebenden als Regel; sie erstreckt sich namentlich im Handelsverkehr auf alle erlaubten Rechtshandlungen, insbesondere auch auf die Begründung von Gläubiger= und Schuldnerverhältnissen.[3])

---

[2]) Ausdrücklich ist dies nur für den Prokuristen, den Handlungsbemächtigten und den Bevollmächtigten zu Handelsgeschäften ausgesprochen, H.G.B. 52[3], 298; vgl. auch 167[3]; es gilt aber ebenso auch für die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaften und Genossenschaften wie für die Liquidatoren der Handelsgesellschaften, die nicht selbst Gesellschafter sind. — Die vielfach in der gemeinrechtlichen Praxis vertretene, in Partikularrechten auch gesetzlich anerkannte Ansicht, daß bei den in fremdem Namen geschlossenen Geschäften der Dritte den Vertreter insoweit persönlich in Anspruch nehmen könne, als derselbe dem Auftraggeber gehörige Fonds in Händen habe — Thöl § 75 S. 271; Pr. L.R. II. 8 § 541 f.; Sächs. b. G.B. § 1318 — steht mit dem Prinzip der freien Stellvertretung nicht im Einklang, R. 19. 94 (325). Dagegen widerspricht es demselben nicht, daß der Vertreter sich dem Dritten zugleich persönlich für die Erfüllung der vertretungsweise eingegangenen Verbindlichkeiten verpflichten kann. Darin liegt eine Intercession.

[3]) Laband S. 186 f.; Wendt S. 275 f. — Roemer Z. 19 S. 67 ff. meint, daß der Stellvertreter nicht blos mit dritten Personen, sondern auch mit sich selbst, „in seiner Eigenschaft als Vertreter mit sich selbst als Privatperson" Rechtsgeschäfte schließen könne. Diese Möglichkeit, von den römischen Juristen in einzelnen Fällen anerkannt, soll gegenwärtig in Folge der allgemeinen Zulassung der freien Stellvertretung generell gelten. Dabei liegt indeß neben einem richtigen Gedanken eine Begriffsverwechselung zu Grunde. Ein Vertreter, dem Vermögensverwaltung zusteht, kann allerdings nach v. Keller's treffendem Ausdruck (Pand. § 432) „seine eigene Oekonomie mit der des Vertretenen in Berührung bringen" und Operationen vornehmen, die in obigem Sinne als Rechtsgeschäfte mit sich selbst erscheinen. So wenn er aus der ihm unterstehenden Kasse Darlehen entnimmt, sich oder dem dominus zahlt, nomina perskribirt, Sachen desselben für sich ersteigert u. dgl. m. Allein alles dies sind nicht Stellvertretungs=, sondern Verwaltungsakte. Man kann höchstens sagen, daß dabei das Prinzip der Stellvertretung konstruktiv verwerthet wird, sofern durch dasselbe die Entstehung oder Beendigung von Rechten oder Verbindlichkeiten in der Person des dominus erklärt wird. Die Zulässigkeit derartiger Operationen bestimmt sich nicht nach dem Inhalt der Vollmacht, sondern

Digitized by Google

Unbedingt ausgeschlossen, weil begrifflich unmöglich, ist die Stellvertretung bei rechtswidrigen Handlungen. Hiermit steht nicht im Widerspruch, daß der Vertretene unter gewissen Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeiten des Vertreters einstehen muß. Dies ist der Fall: a) wenn die Rechtswidrigkeit bei Eingehung oder Erfüllung eines in den Bereich der Stellvertretung fallenden Rechtsgeschäftes stattgefunden hat[4]); b) wenn sonst nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Verantwortlichkeit für Delikte anderer Personen begründet ist.[5])

2) Das Erforderniß, daß der Vertreter als solcher handeln müsse, pflegt auch dahin gefaßt zu werden, daß ein Handeln im Namen des Vertretenen erforderlich sei. Darin liegt indeß nicht, daß der Vertreter ausdrücklich auf den Namen des Vertretenen abschließen oder sich sonst mittelst ausdrücklicher Erklärung als Vertreter zu erkennen geben müsse; es genügt, wenn die Beziehung des Geschäfts auf den Vertretenen in erkennbarer Weise aus den Umständen hervorgeht.[6])

---

nach dem Umfang der dem Vertreter eingeräumten Verwaltungsbefugniß, d. h. sie ergiebt sich aus dem Verhältniß zwischen Vertreter und Vertretenem (dem Auftragsverhältniß). Nicht viel anders liegt die Sache in dem von Roemer ebenfalls allgemein für zulässig-erklärten Fall eines von mehreren Personen bevollmächtigten, Namens der verschiedenen Machtgeber mit sich selbst kontrahirenden Stellvertreters. Auch hier ist es nicht möglich, die Vollmacht von dem Auftragsverhältniß zu sondern. Ein solcher Fall ist daher immer nur insoweit statthaft, als die Interessen der Machtgeber hierbei nicht in Widerspruch mit einander treten. Aus Vorstehendem folgt, daß der von Roemer aufgestellte Grundsatz nicht als eine allgemein gültige Regel betrachtet werden kann. Richtig ist, daß in den vorgedachten Fällen der Abschluß eines Rechtsgeschäftes mit sich selbst nichts von vorn herein Widersinniges, keinen Verstoß gegen die Rechtslogik enthält. Zulässig ist aber das gleichzeitige Auftreten des Stellvertreters in verschiedenen Eigenschaften nur dann, wenn dadurch keine unstatthafte Interessenkollision herbeigeführt wird, d. h. nur in Ausnahmefällen. In dieser Hinsicht kommen die dem gemeinen Recht entsprechenden Bestimmungen des A.L.R.'s I. 13 §§ 21, 22 trotz des Prinzips der freien Stellvertretung unverändert zur Geltung; vgl. dazu R. 7. 23 (90); 8. 95 (392); 14. 63 (192).

[4]) R. 6. 91 (404 f.); 15. 10 (26 ff.); Sächs. Annal. Bd. 22 S. 304, Bd. 23 S. 311; Bu. 28. 5 (O.Tr. Berl. 72); Goldschmidt in der nächst. angef. Abh. S. 329 ff.

[5]) Hierzu besonders Goldschmidt über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen Z. 16. 287 ff.; Thöl § 86. Ueber die betr. Vorschläge der Entwürfe und die Berathungen der N. C. Goldschmidt S. 379 ff.; R. 6. 91 (408); auch unten Zus. hinter § 55.

[6]) H.G.B. 52[2], 298, 114[2], 230. Laband Z. 10 S. 214 ff., Wendt in Endem.'s Handb. I S. 297. Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „für einen Andern kontrahiren" R. 2. 89 (402). Interpretation der Parteierklärungen, Schluß aus

Digitized by Google

Fehlt es sowohl an einer ausdrücklichen Erklärung wie an einer erkennbaren Beziehung, so hat der Vertreter in eignem Namen gehandelt.[7]) Dies ist weder eine Rechtsvermuthung noch eine Fiktion, sondern eine Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß ein blos innerlich verbleibendes Wollen keine Berücksichtigung findet. Hieraus folgt zwar nicht, daß, wenn streitig ist, ob Jemand in eignem oder fremdem Namen gehandelt hat, die Beweislast immer den trifft, der letzteres behauptet; wohl aber, daß derselbe bei der Beweisführung die besonderen thatsächlichen Momente darzuthun hat, aus denen sich der Abschluß in fremdem Namen ergiebt.[8])

3) Für die handelsrechtlichen Vollmachten gelten folgende Grundsätze:

a) Die Vollmacht ergiebt sich entweder aus einem unmittelbar auf die Einräumung der Vertretungsbefugniß gerichteten Rechtsakt (Willenserklärung, richterlicher Ermächtigung[9]) oder mittelbar aus einem Rechts-

---

den begleitenden Umständen R. 1. 13 (56); 4. 35 (174); 5. 27 (114); 13. 99 (296); 15. 29 (76); 18. 81 (294); 22. 50 (222); Z. 7 614, 615 (Dresden; O.Tr. Berl. 63); 21. 575 (O.Tr. Berl. 73); Bu. 18. 392 (Dresd. 68); Cl. u. A. 3. 296, s. auch Anm. 8.

[7]) Aus den Rechtsgeschäften, die der Vertreter in eignem Namen schließt, wird nur er persönlich verpflichtet oder berechtigt, auch wenn das Auftragsverhältniß beim Abschluß des Vertrages erkennbar geworden sein sollte. Für eine Mithaftung des Prinzipals auf Grund der actio institoria vel quasi ist, wo das Prinzip der freien Stellvertretung anerkannt ist, kein Raum, R.civ. 2. 43 (166); vgl. Wendt S. 302; Windscheid § 482[11] und die das. Angeff. Auf dem Erforderniß, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen handeln müsse, beruht auch die Entsch. in R. 13. 99 (296), welche die Liberation des Schuldners verneint, der dem Bevollmächtigten seines Gläubigers ein auf den Namen des Bevollmächtigten lautendes oder an dessen Order gestelltes Wechselakzept in Zahlung gegeben hat.

[8]) Wird aus einem angeblich in eignem Namen geschlossenen Vertrage geklagt, so ist die Behauptung des Beklagten, daß der Vertrag in fremdem Namen geschlossen sei, nicht Einrede, sondern negative Einlassung. Demnach trifft die Beweislast den Kläger. Derselbe braucht aber zu diesem Behuf nur den Abschluß des Vertrages als solchen darzuthun, Sache des Gegenbeweises ist es, die für den Abschluß in fremdem Namen sprechenden Umstände geltend zu machen. Diesen richtigen Standpunkt nimmt das Reichsgericht ein, R.civ. 2. 53 (194); 3. 38 (122); anders z. Th. die frühere Praxis, vgl. Laband Z. 10 214; v. Hahn I 206; Roemer Arch. f. civ. Pr. 62. 160 f., R. 1. 13 (56); 22. 50 (222); Z. 7. 612 (München 66, das. auch Mittheilungen über die Praxis anderer ob. Ger.höfe); 14. 514 (Nürnb. 66); 21. 573 (Lübeck 69); 21. 573 (Celle 74).

[9]) Von den handelsrechtlichen Vollmachten beruht auf richterlicher Ermächtigung die der Liquidatoren im Fall des Art. 133[2], die der Aktoren der Aktienkommanditgesellschaft und Aktiengesellschaft im Fall des Art. 195[2], vgl. Art. 226.

Digitized by Google

verhältniß, mit dessen Vorhandensein die Vollmacht kraft Rechtssatzes verbunden ist (gesetzliche Vollmacht). Die Vollmachten der letzteren Art[10]) können, sofern der Rechtssatz nicht dem zwingenden Recht angehört, durch eine entgegenstehende Erklärung von vorn herein oder nachträglich ausgeschlossen werden.[11])

b) Der Umfang der Vertretungsbefugniß ist für die Mehrzahl der handelsrechtlichen Vollmachten gesetzlich festgestellt, und zwar entweder absolut oder nur präsumtiv.[12]) Absolut bestimmt ist der Inhalt der Prokura und der den Handelsgesellschaften eigenthümlichen Vollmachten. Das gesetzliche Maß der Vertretungsbefugniß ist hier jeder Einschränkung durch Privatwillkür entzogen; die Vollmacht steht, wenn sie überhaupt vorhanden ist, immer im gesetzlichen Umfang zu. Präsumtiv festgestellt ist der Inhalt der Handlungsvollmacht. Die gesetzlich in derselben enthaltene Vertretungsbefugniß kann durch den Machtgeber beliebig modificirt werden, ist aber als vorhanden anzunehmen, sofern nicht ersichtlich Beschränkungen derselben gewollt sind.[13]) — Präsumtive Regeln über den Umfang der Vollmachten

---

[10]) Vertretungsbefugniß der offenen Gesellschafter, der persönlich haftenden Gesellschafter der Kommandit- und Aktienkommanditgesellschaft Art. 114, 150^{2}, 158, 196; Vollmacht des Aufsichtsrathes der Aktienkommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, eingetragenen Genossenschaften zur Prozeßführung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter, bezw. den Vorstand; bei den Genossenschaften auch zum Abschluß von Verträgen mit dem Vorstand, Art. 194, 226, Genoss.ges. § 29; österr. Gen.ges. § 25 (hier fehlt die Ermächtigung zum Vertragsschluß).

[11]) Nicht auszuschließen, weil dem jus cogens angehörig, ist die Vertretungsbefugniß der persönlich haftenden Gesellschafter bei der Aktienkommanditgesellschaft; a. M. v. Hahn zum Art. 196.

[12]) Hierüber Laband Z. 10 S. 218 ff. Der durch die Vollmacht begründete Umfang der Vertretungsbefugniß entscheidet darüber, ob die Handlung des Vertreters als „gemäß der Vollmacht" vorgenommen betrachtet werden darf; Art. 52^{1}, in Pr. und E. I hieß es statt: gemäß der Vollmacht „auf Grund des Auftrages", vgl. Prot. 958; Laband S. 207; R. 6. 91 (408); 18. 91 (342); 23. 115 (348); Z. 8. 567 (Dresd. 63). — Beweislast, wenn der Umfang der Vollmacht bestritten ist, Seu. 12. 156.

[13]) Die Einschränkungen des präsumtiven Umfanges der Handlungsvollmacht müssen dem Dritten zur Zeit, als er sich mit dem Handlungsbevollmächtigten in Verhandlungen einließ, bekannt oder doch kundbar gewesen sein, unten Anm. 17 ff., auch § 53. Streitig ist, ob der Inhalt einer von einem auswärtigen Prinzipal ertheilten Vollmacht nach den Gesetzen des Auslandes (des Ortes, wo der Prinzipal seine Handelsniederlassung oder seinen Wohnsitz hat), oder nach dem Recht des Ortes, wo von derselben Gebrauch gemacht wird, zu beurtheilen ist. Für ersteres v. Bar internat. Privatr. S. 261 f.; R. 8. 38 (151), vgl. auch

Digitized by Google

kannte schon das Recht vor dem H.G.B.[14]), absolute Festsetzungen hierüber sind demselben mit vereinzelten partikularrechtlichen Ausnahmen fremd geblieben.[14a])

c) Die handelsrechtlichen Vollmachten sind nicht an die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts gebunden.[15]) Kein Erforderniß der Gültigkeit, sondern eine aus der Bestimmung der Vollmachten von selbst sich ergebende Nothwendigkeit ist ihre Kundmachung.[16])

R. 4. 59 (300); für letzteres Thöl § 67³; v. Hahn S. 186². Die letztere Ansicht ist dann zutreffend, wenn die Vollmacht zu dem Zweck ertheilt ist, daß der Bevollmächtigte an dem betreffenden Orte von derselben Gebrauch mache (Vollmachten ständiger Agenten, der Handlungsreisenden). — Nicht ausgeschlossen ist aber auch in dem Fall, daß bei Interpretation der Vollmachten der am Ort ihrer Ausstellung übliche Sprachgebrauch Berücksichtigung finde.

[14]) Vgl. z. B. A.L.R. II. 8 §§ 501, 546, 633; Fischer-Ellinger, österr. Handelsr. § 125; sächs. Firmen- u. Prok.O. v. 28. Juli 1846 § 7³; Prot. S. 74; gemeines Recht Thöl § 67 Anm. 11.

[14a]) Eine derartige Ausnahme enthält die bremische Firmen- und Prokurenordnung vom 6. Februar 1860, Z. 4. 97 ff., deren Verfasser allerdings schon den ersten Entwurf der N. E. vor Augen hatten.

[15]) Art. 317. R. 7. 13 (57). Also ist auch stillschweigende Bevollmächtigung möglich. Eine solche kann z. B. darin gefunden werden, daß der Prinzipal das Auftreten einer Person in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten wissentlich geschehen läßt oder daß er früher in ähnlichen Fällen die Vertretungshandlungen genehmigt hat, Z. 7. 592 (Lübeck 57); R. 9. 31 (104); 10. 26 (142); 12. 2 (7); 13. 71 (212); 15. 111 (408); R. civ. 1. 4 (8); vgl. aber auch R. 10. 17 (97); 22. 87 (374 f.). Die Partikularrechte vor dem H.G.B. enthielten vielfach für alle oder doch für gewisse kaufmännische Vollmachten Formvorschriften, z. B. Pr. L.R. II. 8 § 500; Fischer-Ellingen § 122; sächs. Firmen- u. Prok.O. § 7; brem. V. § 12. — Art. 317 findet gemäß Art. 277 auf die Vollmachten zu Handelsgeschäften auch dann Anwendung, wenn das Geschäft, für welches die Vollmacht ertheilt ist, nur auf Seite des Dritten (nicht des Machtgebers) Handelsgeschäft ist, R. 15. 72 (258), gilt aber andererseits nur für solche Vollmachten, die auf einer Willenserklärung beruhen und auch für diese nur, wenn die Willenserklärung nicht an sich und ohne Rücksicht darauf, daß sie eine Vollmacht enthält, einer bestimmten Form bedarf.

[16]) Thöl § 66. Die Kundmachung ist die nach Außen gerichtete Erklärung der Vollmacht; sie bewirkt die Scheidung zwischen äußerer und innerer Seite der Stellvertretung (Vollmacht und Auftrag). Die öffentliche Bekanntmachung in ihren verschiedenen Formen ist eine, aber nicht die einzige Art der Kundmachung. Es gehört dahin auch die nicht für die Oeffentlichkeit bestimmte Mittheilung für einzelne Personen, ebenso die in dem stillschweigenden Verhalten des Prinzipals (vor. Anm.) liegende Bekanntgebung des Vollmachtswillens. Die Kundmachung muß immer vom Machtgeber ausgehen, entweder ist sie eine von ihm direkt an das Publikum oder an einzelne Personen gerichtete Erklärung oder sie ist von ihm dem Bevollmächtigten überlassen; so namentlich, wenn dem Bevollmächtigten

Digitized by Google

Diese Nothwendigkeit besteht, wie für die Ertheilung, so auch für alle Willenserklärungen und Thatsachen, durch welche eine bestehende Vollmacht aufgehoben, eine gesetzlich begründete von vorn herein ausgeschlossen oder der gesetzlich zu präsumirende Umfang einer Vollmacht eingeschränkt werden soll.[17]) In Bezug auf die Vollmachten, die einen absolut feststehenden Inhalt haben, ist die Publikation durch das Handelsregister vorgeschrieben[18]), während hinsichtlich der übrigen die Art der Bekanntmachung dem Ermessen des Machtgebers anheimgestellt ist.[19]) Ueber die Wirkungen der erfolgten und nicht erfolgten Veröffentlichung s. oben § 39.

d) In Bezug auf die Aufhebung der Vollmachten ist zu bemerken: α) Jede Vollmacht, die auf einer Willenserklärung beruht, kann seitens des Machtgebers beliebig widerrufen werden, ohne Rücksicht auf das

---

eine schriftliche Vollmacht zu seiner Legitimation zugestellt ist. — Die Reichsbank läßt sich auf einen Verkehr mit Bevollmächtigten nur ein, wenn die Vollmacht bei ihr deponirt ist. In gewissen Fällen bedarf es überdies einer persönlichen Vorstellung des Bevollmächtigten durch den Machtgeber, Z. 23 Beil. S. 228, 246 ff., vgl. auch Z. 6. 145. Ueber die Nothwendigkeit der Kundmachung im Allgemeinen R. 22. 87 (373).

[17]) Einschränkung und Aufhebung der Vollmacht können Dritten nur entgegengesetzt werden, wenn sie dieselben kannten oder kennen mußten. Hat eine öffentliche Bekanntmachung stattgefunden, so bestimmt sich das Kennenmüssen nach den § 39 erörterten Grundsätzen. Liegt eine solche nicht vor, so kommt es darauf an, ob die Einschränkung oder Aufhebung der Vollmacht so erkennbar gemacht sind, daß sie der Dritte bei Anstellung der verkehrsüblichen Erkundigungen nicht ignoriren konnte. Danach bemißt sich die Erkundigungspflicht des Dritten, der nicht Genüge geschieht, wenn der Dritte sich auf die Versicherungen des Bevollmächtigten über Existenz oder Umfang seiner Vollmacht verläßt, v. Hahn S. 190[6], anders Thöl § 65. Keiner besonderen Kundmachung bedarf es, „wenn die Verhältnisse aufhören, durch welche die Vollmacht selbst oder der volle Inhalt der Vollmacht bedingt ist", Thöl § 68. Nach röm. Recht ist es zweifelhaft, ob das Erforderniß des Kennens oder Kennenmüssens auch im Fall des Todes des Prinzipals aufrecht zu erhalten ist, Thöl § 73, unten Anm. 24. — Partikularrechtliche Bestimmungen Pr.L.R. I. 13 § 167 f., 200; II. 8 § 530; österr. G.B. 1026; sächs. G.B. 1327: Code civ. 2005, 2009. Aus der Judikatur vgl. R. 4. 59 (303); 5. 47 (209); 10. 26 (142); 10. 86 (381); 12. 92 (277); 13. 67 (194); 15. 111 (408); 16. 84 (337); 23. 115 (348); Z. 14. 514 (Nürnb.); 21. 543, 549 (München 71, 73); 548 (Celle 71); 536 (O.Tr. Berl. 69); 550 (Stuttg. 71); 556 (Nürnb. 71); Bu. 39. 318 (München 77).

[18]) Oben § 39 S. 232, s. auch § 52 und folg. Buch (Handelsgesellschaften).

[19]) Also namentlich auch, ob überhaupt eine öffentliche oder nur an einzelne Personen gerichtete Bekanntmachung stattfinden soll.

Digitized by Google

zwischen ihm und dem Vertreter bestehende Rechtsverhältniß[20]). Ein Verzicht auf diese Befugniß ist unstatthaft[21]), dagegen kann der Bevollmächtigte auf die ihm an sich ebenfalls zustehende Befugniß zur Rückgabe der Vollmacht gültig verzichten[22]). Durch den Widerruf der Vollmacht wird dem Vertreter die Vertretungsbefugniß entzogen; seine etwaigen persönlichen Ansprüche gegen den Machtgeber werden hierdurch nicht berührt[23]). — β) Die Vollmachten, die von einem Kaufmann in seinem Handelsgewerbe ausgehen, werden durch den Tod des Machtgebers nicht aufgehoben. Diese Regel findet auf die Prokura, die Handlungsvollmacht und die Vollmacht zu Handelsgeschäften Anwendung; für die erste gilt sie unbedingt, für die beiden anderen sofern kein entgegenstehender Wille des Machtgebers erklärt

---

[20]) Ausdrücklich ausgesprochen für die Prokura, die Handlungsvollmacht und die den Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaften und Genossenschaften zustehende Vollmacht, Art. 54[1], 227[3], Genossensch.ges. 17[2], österr. Gen.ges. 15[2].

[21]) Die Widerruflichkeit gehört zum Wesen der gewillkürten Vollmachten. Auch die Verpflichtung des Bevollmächtigten zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde kann nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden, R. 5. 77 (349); R. civ. 3. 53 (186). Ausdrücklich für ungültig erklärt den Verzicht auf den Widerruf sächs. G.B. 1321. Nach Pr. L.R. I. 13. 159 ist „in der Regel sowohl der Machtgeber seinen Auftrag zu widerrufen als der Bevollmächtigte aufzukündigen berechtigt." Das Pr. O.Tr. (B u. 17. 192) folgert hieraus, daß der Machtgeber sich für den Fall des Widerrufes einer Konventionalstrafe unterwerfen könne. Dies ist auch richtig, ergiebt sich aber weniger aus den hervorgehobenen Worten, als daraus, daß eine derartige Verabredung nicht die Vertretungsbefugniß, sondern das Verhältniß zwischen Bevollmächtigten und Machtgeber betrifft. Nicht im Widerspruch mit der Widerruflichkeit steht es, wenn mehrere Machtgeber (Gesellschafter) unter einander Vereinbarungen über die Belassung des Bevollmächtigten treffen. Solche Abreden sind für die Paciscenten wirksam, der Bevollmächtigte erlangt hieraus kein Recht, R. civ. 2. 10 (33). — Ebensowenig wie ein Verzicht auf den Widerruf zulässig ist, kann sich der Machtgeber verpflichten, eine bestimmte Person zu seinem ausschließlichen Vertreter zu machen, mit der Wirkung, daß später ertheilte Vollmachten unwirksam wären, R. 13. 5 (12).

[22]) Die Befugniß des Bevollmächtigten zur Rückgabe (Aufkündigung) der Vollmacht beruht nicht auf der Vertretungsbefugniß, sondern auf dem Verhältniß zum Machtgeber. Daher darf auch ohne besondere Abmachung der Bevollmächtigte nicht intempestive kündigen, Windscheid § 411[3]; Pr. L.R. I. 13. 172 f.; österr. G.B. 1021, sächs. G.B. 1322 f.; Code civ. 2007.

[23]) Dazu gehört außer den aus den Dienst- und Anstellungsverträgen entspringenden Ansprüchen namentlich die Forderung auf Ersatz der zur Ausführung des Auftrages bereits gemachten Aufwendungen, Windscheid § 410[12]; Pr. L.R. I. 13. 163, österr. G.B. 1020, sächs. G.B. 1314 f., Code civ. 1999.

Digitized by Google

worden ist[24]). Gleiches ist hinsichtlich anderer, die Person des Machtgebers betreffender Ereignisse anzunehmen, die nach bürgerlichem Recht ein Erlöschen der Vollmacht herbeiführen[25]). Nothwendige Voraussetzung für den Fortbestand aller in Beziehung auf ein Handelsgewerbe ertheilten Vollmachten ist aber die Fortdauer des Gewerbebetriebs; jede derartige Vollmacht erlischt, wenn der Gewerbebetrieb selbst eingestellt wird[26]).

e) Von der Vollmacht ist der Auftrag zu unterscheiden[27]). Auftrag oder Auftragsverhältniß ist das Rechtsverhältniß zwischen Vertreter und Vertretenem, welches der Vollmacht zu Grunde liegt[28]). Mit jeder Stellvertretung ist nothwendig ein Auftragsverhältniß verbunden[28a]), nur ist dabei nicht immer an ein Mandat im römischen

---

[24]) H.G.B. 54², 297. Im Gebiet des gemeinen Rechts war es streitig, ob die Handlungsvollmacht durch den Tod des Machtgebers erlösche oder ob ein Widerruf der Erben erforderlich sei. Die einschlägigen, die praepositio institoria betreffenden Quellenstellen scheinen einander zu widersprechen, Thöl 4. Aufl. § 31. d, jetzt § 73; Jacobi im N. Arch. f. H.R. I S. 180 ff.; Bu. 12. 34 (A.G. Eisenach 52). — Nach Pr. L.R. I. 13 § 191 wird bei kaufmännischen Vollmachten vermuthet, daß sie nach dem Tode des Prinzipals fortdauern sollen; übereinstimmend II. 8 § 540.

[25]) Entmündigung, Konkurs. Ueber die Frage, inwieweit die Handlungen, welche der Bevollmächtigte nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, den Gläubigern des Gemeinschuldners gegenüber wirksam sind, Sarwey S. 95 f., Stieglitz S. 46 f.; v. Wilmowski (2. Aufl. S. 85); R. 24. 50 (193).

[26]) Keyßner Z. 10. 330 f.; Bu. 13. 276 (Kreisger. Sondershausen 67).

[27]) Auf den im Sprachgebrauch des H.G.B.'s nicht überall (s. Anm. 28. a), festgehaltenen Unterschied zwischen Vollmacht und Auftrag nachdrücklich hingewiesen zu haben, ist das Verdienst von Laband Z. 10. 203 ff. Unhaltbar ist aber seine Annahme eines eigenen von dem Auftrag verschiedenen Bevollmächtiguugsvertrages zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten. Laband ist hierzu wohl dadurch verleitet worden, daß er Mandat und Auftrag ohne Weiteres als gleichbedeutend ansieht. Gegen den Bevollmächtigungsvertrag Curtius im Arch. f civ. Pr. Bd. 58 S. 79.

[28]) Der Auftrag in obigem Sinn ist demnach die causa der Vollmacht. Er begreift auch die Fälle, in denen die Vollmacht lediglich im Interesse des Bevollmächtigten ertheilt ist. Aber selbst, wenn man diese Fälle ausschließt, dürfen Mandat und Auftrag nicht gleichgestellt werden. — Im Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens werden unter Auftrag vorzugsweise die vom Auftraggeber ertheilten Anweisungen verstanden, auch dann, wenn der Auftrag noch nicht übernommen ist, also nur eine Vertragsofferte vorliegt.

[28a]) Dagegen nicht nothwendig mit jedem Auftrag eine Vollmacht. Verfehlt ist die Gegenüberstellung von „kaufmännischer Kommission und gewöhnlichem Auftrag" in Art. 360³, vgl. auch R. 22. 7 (27 ff.). Ebenso wird in Art. 41 die Vollmacht des Prokuristen unrichtig als Auftrag bezeichnet, unten §. 52 Anm. 2.

Digitized by Google

Sinn zu denken. Das der Vollmacht zu Grunde liegende Rechtsverhältniß ist nicht einmal immer ein Vertrag[29]), aber auch wenn ein solcher vorliegt, braucht derselbe kein Mandat zu sein[30]). Nur der s. g. reine Auftrag, d. h. der verhältnißmäßig seltene Fall, in welchem das Rechtsverhältniß zwischen Vertreter und Vertretenem Vertragsnatur hat, ohne sich als ein bestimmter anderer Vertrag zu charakterisiren, fällt unter den Begriff des Mandats[31]). Stets aber ist die Vollmacht die äußere, Dritten gegenüber in die Erscheinung tretende Seite des Auftrags, die als solche eine selbständige Existenz hat und über die dem Bevollmächtigten vom Machtgeber ertheilte Anweisung hinaus gehen kann[32]). Für dritte Personen kommt in solchem Fall nur der Inhalt der Vollmacht in Betracht[33]). Beschränkungen, die dem Vertreter lediglich im Verhältniß zum Vertretenen auferlegt sind, braucht der Dritte selbst dann nicht zu berücksichtigen, wenn er Kenntniß von ihnen hat[34]).

---

[29]) So in vielen Fällen der gesetzlichen Vollmacht; ebenso nicht bei der Vollmacht des Vormunds, des Testamentsexekutors, des richterlich bestellten Liquidators u. A.

[30]) Das Auftragsverhältniß beruht z. B. weit häufiger auf der Dienstmiethe oder einem Gesellschaftsvertrag als auf dem römischen Mandat.

[31]) Das Mandat ist der reinste Typus des Auftragsverhältnisses; die rechtlichen Beziehungen zwischen Bevollmächtigten und Machtgeber sind daher, auch wenn ein anderes Rechtsverhältniß vorliegt, doch subsidiär immer nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurtheilen. Einzelne hierher gehörige Entscheidungen R. 4. 45 (219): Ueberschreitung des Auftrags; R. 8. 25 (114): Stellung des Prokuristen in Bezug auf die ihm vom Prinzipal übergebenen Waaren, Anspruch auf Provision; R. 16. 23 (81): Retentionsrecht; Z. 14. 504; Bu. 11. 488 (Dresd. 67); auch R. 8. 25 (108): Rechnungslegung.

[32]) Bei gesetzlich unbeschränkbaren Vollmachten können dem Bevollmächtigten einschränkende Anweisungen ertheilt sein, aber auch da, wo der Umfang der Vollmacht vom Machtgeber abhängt, können durch die Anweisungen desselben dem Bevollmächtigten besondere aus der Vollmacht sich nicht ergebende Schranken gezogen sein. Im Zweifel ist indeß keine derartige Differenz anzunehmen, R. 24. 52 (196).

[33]) Abgesehen von den Vollmachten mit absolut feststehendem Inhalt entscheidet die Kundmachung darüber, ob die Beschränkung des Bevollmächtigten lediglich als eine für ihn maßgebende Anweisung oder als ein Bestandtheil der Vollmacht selbst anzusehen ist, R. 20. 37 (122), vgl. auch Pr. L.R. I. 13. 91 ff. Erkundigungspflicht des Dritten, über den Umfang der Vertretungsbefugniß, wenn der Vertreter nicht ausdrücklich vom Prinzipal angekündigt war, R. 22. 87 (373).

[34]) Die allgemeinen Wirkungen der Stellvertretung sind in Art. 52[1, 2] klar ausgesprochen. In Bezug auf die hieraus zu ziehenden weiteren Folgerungen wollte man der Wissenschaft freie Hand lassen und keine bestimmte Theorie, namentlich nicht die Savigny'sche (Obl.R. II S. 59) gesetzlich anerkennen. Deswegen

Digitized by Google

III. Für die rechtliche Beurtheilung der vom Stellvertreter vorgenommenen Handlungen ist davon auszugehen, daß der Vertreter das handelnde Subjekt ist, der Erfolg seiner Handlungen dagegen in der Person der Vertretenen zu Tage tritt[35]. Daraus ergiebt sich, daß die Fragen nach dem Inhalt wie nach der Wirklichkeit, Ernstlichkeit und Freiheit des Willens aus der Person des Vertreters zu beantworten sind, während, soweit es auf den Erfolg ankommt, die Person des Vertretenen maßgebend ist. — Näher ist zu bemerken:

a) Rechtsfähigkeit im Allgemeinen wie diejenige besondere Fähigkeit, die erforderlich ist, um Subjekt der aus den Handlungen des Vertreters hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten zu werden, muß in der Person des Vertretenen vorhanden sein. Ebenso ist nach der Person des Vertretenen zu beurtheilen, ob im einzelnen Fall die Voraussetzungen eines subjektiven Handelsgeschäfts — Gewerbmäßigkeit oder Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe — vorhanden sind[35]. b) Der Vertreter muß handlungsfähig im natürlichen Sinne sein, dagegen muß der Vertretene, sofern die Vollmacht sich auf seinen Willen gründet, diejenige juristische Handlungsfähigkeit besitzen, die erforderlich ist, um sich den Erfolg der Handlungen des Vertreters anzueignen[36]. c) Irrthum, Zwang und Betrug[37]) können, wenn sie bei Vornahme der Handlung auf den Willen des Vertreters eingewirkt haben, vom Vertretenen unter denselben Voraussetzungen geltend gemacht werden, unter denen dies dem Vertreter zustehen würde, wenn er in eigenem Namen gehandelt hätte. Diese Befugniß fällt fort, wenn ersichtlich ist, daß der Vertretene den Erfolg der Hand-

wurde in 1. Les. an Stelle von Pr. 41 (Zus. zu § 55) die jetzige Fassung beschlossen, Prot. 87. Auf die verschiedenen Versuche, das Prinzip der freien Stellvertretung juristisch zu konstruiren, kann hier eben so wenig eingegangen werden, wie auf seine geschichtliche Herleitung. Vgl. hierüber besonders Laband Z. 10 S. 183 ff., Thöl § 60, 62, 63, 69, 70, 74; Curtius a. a. O. S. 70 ff.; Wendt in Endem.'s Handb. I S. 274 ff.

[35]) Uebereinstimmend Laband S. 227; Thöl § 69 S. 231; Wendt S. 300; R. 16. 9 (28).

[36]) L. 7 § 2; L. 8, 9 pr. D. de inst. act. (14. 3): Pupillus institor obligat eum qui eum praeposuit institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit . . . verum si ipse pupillus praeposuerit, si quidem tutoris auctoritate obligabitur, si minus non.

[37]) Windscheid § 73 a. E.; Thöl § 70; Wendt S. 300; Laband S. 227; Curtius S. 88 ff.; sächs. G.B. § 846. — Betrug des Prokuristen oben zu Anm. 5.

Digitized by Google

lungen des Vertreters speciell gewollt oder wenn er dieselbe, obwohl er ihre Anfechtbarkeit kannte, nachträglich genehmigt hat. Die gedachten Einflüsse können aber auch auf den Willen des Vertretenen in der Weise einwirken, daß hierdurch die Ertheilung einer Vollmacht veranlaßt oder daß der Widerruf oder die Einschränkung einer bestehenden Vollmacht durch sie verhindert wird. In einem solchen Fall bestimmt sich die Anfechtbarkeit der die Vollmacht enthaltenden Willenserklärung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Ist sie anfechtbar, so können in gleichem Umfang auch alle auf Grund derselben vorgenommenen Handlungen angefochten werden[38]). d) Sind Befugnisse durch die Nichtkenntniß von Thatsachen bei Vornahme einer Handlung bedingt, so ist, wenn die Handlung vom Vertreter vorgenommen ist, die Kenntniß desselben dem Vertretenen zuzurechnen[39]). Letzteres gilt auch in anderen Fällen, wo es auf die Wissenschaft von Thatsachen ankommt, vorausgesetzt daß der Vertreter durch seine Vollmacht ermächtigt ist, von den betreffenden Thatsachen Namens des Vertretenen Kenntniß zu nehmen[40]).

§ 50.
2) Vollmachtloses Handeln in fremdem Namen.
a. Ratihabition.[1])

Vollmachtloses Handeln in fremdem Namen kann durch Ratihabition die Wirkungen der Stellvertretung erlangen. Ratihabition ist die nachträgliche Gutheißung der ohne Vollmacht in fremdem Namen vorgenommenen Handlungen seitens desjenigen, für den gehandelt worden ist. Die Ratihabition in diesem Sinne ist überall möglich, wo Stellvertretung zulässig ist, sie bewirkt, daß dem Ratihabenten die rechtlichen Folgen der in seinem Namen vorgenommenen Handlungen zugerechnet werden[2]), und zwar in der Regel vom Augenblick ihrer

---

[38]) A. M. Wendt a. a. O.

[39]) Hierzu die in Anm. 37 Angeführten.

[40]) Der Agent einer Versicherungsgesellschaft kann, ohne zum Abschluß des Versicherungsvertrages Vollmacht zu haben, ermächtigt sein, Namens des Versicherers von den für die Beurtheilung des Risikos erheblichen Thatsachen Kenntniß zu nehmen, Z. 13. 72 ff.; Bu. 28. 70 (O.A.G. Berlin 69); unten §. 55.

[1]) Seuffert, Loth., Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Würzb. 1868. Windscheid § 74. Unger österr. Privatr. II § 92. Wächter Württemb. Privatr. II § 100. Dernburg Preuß. Privatr. I § 116; Förster Theorie und Praxis, 4. Aufl. her. v. Eccius I S. 229.

[2]) Dies ist die Bedeutung des Satzes: ratihabitio mandato aequiparatur L. 12 § 4 D. de sol. (46. 3); L. 12 § 1 D. ratam rem (46. 8); Seuffert S. 62, 66 f.

Digitized by Google

Vornahme an[3]). Den Erfordernissen einer gültigen Willenserklärung muß die Ratihabition zu der Zeit, wo sie erklärt wird, entsprechen. Ebenso muß der vom Ratihabenten gewollte Erfolg in diesem Zeitpunkt noch rechtlich möglich sein[4]). Daher ist die Rückziehung ausgeschlossen, wenn in der Zwischenzeit begründete Rechte dritter Personen hierdurch beeinträchtigt werden oder wenn die zu ratihabirende Handlung zur Zeit, wo die Genehmigung erfolgt, nicht mehr als rechtlich existent zu betrachten ist[5]).

Im Einzelnen ist Folgendes hervorzuheben:

a) Gleich der Vollmacht kann sich die Ratihabition sowohl auf einzelne bestimmte wie auf eine Gattung von Handlungen wie im Allgemeinen auf Alles, was Namens des Ratihabenten geschehen ist, erstrecken. Der Ratihabent braucht keine specielle Kenntniß von dem Inhalt der ratihabirten Handlungen zu haben.[6])

b) Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Ratihabition ebenso wie die der Vollmacht unabhängig von den Formvorschriften des bürgerlichen Rechts[7]), kann also, wie diese, auch durch konkludente Handlungen erklärt werden. Bloßes Stillschweigen ist zwar an sich keine Ratihabition, hat aber dann die Bedeutung einer solchen, wenn eine Erklärung möglich war und nach Handelsgebrauch oder nach den Anforderungen von Treu und Glauben im Fall der Nichtgenehmigung zu erwarten gewesen wäre.[8]) Anderenfalls gilt die Ratihabition als

---

[3]) Hierin besteht die in L. 25 § 2 C. de don. i. v. et u. (5. 16); L. 7 pr. C. ad S.C. Maced. (4. 28) generell angeordnete Zurückbeziehung der Ratihabition ad illa tempora in quibus negotia contracta sunt, vgl. auch c. 10 in VI de r. j. (5. 13). Nicht korrekt ist es, wenn man die rückwirkende Kraft der Ratihabition dahin formulirt, es werde so angesehen, als sei die Genehmigung bereits zur Zeit der ratihabirten Handlungen erklärt oder als seien diese auf Grund einer Vollmacht vorgenommen.

[4]) Seuffert § 13 S. 69 ff.

[5]) Ist die Wirksamkeit der zu ratihabirenden Handlung davon abhängig, daß sie innerhalb einer bestimmten Frist vorgenommen wird, so ist die nach Ablauf der Frist erklärte Ratihabition unwirksam, L. 24 pr., 25 § 1 D. ratam rem (46. 8); L. 5 pr. D. quis ordo (38. 15), anscheinend dagegen L. 71 § 1 D. de sol. (46. 3); Seuffert S. 33 f., Windscheid § 74 Anm. 6; Dernburg Anm. 9.

[6]) R. 15. 19 (46). Für die Fälle, in denen das Gesetz Spezialvollmacht fordert, wird man folgerichtig auch spezielle Erklärung der Ratihabition verlangen müssen.

[7]) Art. 317, vgl. R. 2. 23 (98); Seuffert S. 28 f.

[8]) Oben § 49 Anm. 15; auch R. 12. 92 (280); 13. 98 (295); Bu. 25. 278 (A.G. Mannheim 71).

Digitized by Google

versagt, wenn auf ergangene Benachrichtigung binnen einer nach den Umständen zu bestimmenden angemessenen Frist keine Erklärung erfolgt.[9])

c) Die Ratihabition ist eine einseitige Willenserklärung, die keiner Annahme bedarf. Sie kann ebensowohl dem, der für den Ratihabenten gehandelt hat, wie dem ihm gegenüberstehenden Dritten erklärt werden. Im ersten Fall wirkt sie auch zu Gunsten des Handelnden und hat ihm gegenüber dieselbe Bedeutung wie das Anerkenntniß des Auftraggebers, daß der Beauftragte auftragsgemäß gehandelt habe.[10])

d) Die Befugniß zu ratihabiren, steht im Zweifel auch den Erben des Vertretenen und wenn derselbe handlungsunfähig geworden ist, seinem Vertreter zu.[11])

e) Theilweise Ratihabition ist möglich, wenn der rechtliche Erfolg des zu ratihabirenden Geschäfts theilbar ist und im einzelnen Falle eine solche Theilung dem Sinne des Geschäfts nicht widerspricht.[12]) Liegt eine Mehrheit mit einander in Zusammenhang stehender Handlungen vor, so kann die Ratihabition nicht willkürlich auf einzelne von ihnen beschränkt werden.[13]) Eine Genehmigung, der sonstige Einschränkungen oder Bedingungen beigefügt sind, hat nicht die Wirkungen der Ratihabition.

f) So lange die Ratihabition noch aussteht, ist das zu ratihabirende Geschäft in der Schwebe.[14]) Ein Rücktrittsrecht der Kontrahenten während dieser Zeit ist ausgeschlossen, falls bereits eine Benachrichtigung an den Geschäftsherrn ergangen ist, da alsdann die demselben zustehende Erklärungsfrist abgewartet werden muß. Abgesehen hiervon begründet die Ratihabitionsbefugniß kein Einspruchsrecht gegen die Rückgängigmachung der nicht genehmigten Erklärung.[15])

---

[9]) Seuffert S. 29 f. Schon bei Vornahme der zu ratihabirenden Handlung kann eine Frist für die Ratihabition gesetzt sein.

[10]) R. 15. 72 (260); Seuffert S. 47 ff.

[11]) Falls über das Vermögen des Vertretenen Konkurs eröffnet ist, steht die Ratihabition dem Konkursverwalter zu, Seuffert S. 26 f. Doch gilt der obige Grundsatz überhaupt nur, wenn bei dem Abschluß des zu ratihabirenden Geschäfts zwischen dem Gestor und dem Dritten nichts Anderes vereinbart ist.

[12]) Auf dies der Natur der Sache entsprechende Ergebniß führen die Quellen L. 17, 18 D. ratam rem (46. 8). A. M. Seuffert § 15.

[13]) Seuffert a. a. O. S. 79 f.

[14]) Hierzu Windscheid § 74[4], Seuffert § 8.

[15]) Es besteht aber nicht etwa wegen der noch ausständigen Ratihabition ein einseitiges Rücktrittsrecht.

Digitized by Google

§ 51.
b. Haftung des falsus procurator. [1])

Außer der Möglichkeit hinzukommender Ratihabition ist das vollmachtlose Handeln für Andere insofern von Bedeutung, als dasselbe eine Haftung des falschen Bevollmächtigten Dritten gegenüber begründet. Das H.G.B. erkennt eine solche Haftung hinsichtlich dessen an, der, ohne Vollmacht zu besitzen, als Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder Bevollmächtigter zu Handelsgeschäften auftritt oder die ihm zustehende Vollmacht überschreitet.[2]) Der Grund dieser Haftung ist die thatsächliche Unrichtigkeit des Vorgebens, Vertreter zu sein.[3]) Eine bewußte Täuschung oder eine Fahrlässigkeit bei Prüfung der eigenen Vertretungsbefugniß seitens des angeblichen Bevollmächtigten ist nicht erforderlich[4]); es haftet auch derjenige, der sich über Existenz oder Umfang der ihm zustehenden Vollmacht in entschuldbarem Irrthum befindet,

---

[1]) Thöl § 71; Wendt in Endem.'s Handb. I § 73; Seuffert Ratihabition § 14; Windscheid § 74 a. E.; Laband S. 230 ff.; Curtius S. 98 ff.; Keyßner Z. 11. 501; derselbe, Bu. 11. 65; v. Krämel, Bu. 22. 132; v. Hahn und v. Völdernd. zu Art. 55.

[2]) Art. 55, 298². Entwürfe s. unten Zus. zu § 55. Prot. 89—93, 959—963, 975, 4662 f.

[3]) Die Haftung des falschen Bevollmächtigten nach dem H.G.B. knüpft an eine im bürgerlichen Recht bereits vorhandene Entwicklung an. Der von Thöl hinsichtlich der Haftung des institor als gemeinrechtlich vertretene Grundsatz: der institor haftet nur für den Fall, daß nicht die actio institoria rechtlich gegen den Prinzipal begründet ist (Thöl § 75 S. 269) — beruht auf einem ähnlichen Gedanken. Ob man die Verbindlichkeit des falschen Bevollmächtigten auf ein stillschweigendes Garantieversprechen zurückführt (Windscheid, Bähr in Iher. Jahrb. Bd. 6 S. 392) oder sie als unmittelbar ex lege entspringend betrachtet (Wendt), ist im Ergebniß gleichgültig, da auch nach der ersten Auffassung das Bewußtsein des falsus procurator von dem Fehlen der Vollmacht keine Voraussetzung für die Begründung des Anspruches ist (dies meint Wendt). Dagegen führt die von der culpa in contrahendo ausgehende Theorie Laband's allerdings zu Konsequenzen, die nicht im Sinn des Art. 55 liegen (s. Anmerk. 4 und 5). Von den Partikularrechten gewährt das Preuß. L.R. I. 13 § 9, 96, 128, 171 einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen den falschen Bevollmächtigten. Dernburg II S. 34 unterstellt dabei ohne Grund das Erforderniß eines schuldvollen Verhaltens seitens des angeblichen Vertreters. — Für das österreichische Recht vertheidigt Hasenöhrl, österr. Obl.recht I S. 388 den Labandschen Standpunkt, ohne indeß Belege hierfür beizubringen. Im Einklang mit dem H.G.B. steht sächs. G.B. 789 und, wie es scheint, auch das französische Recht, Zachariä 6. Aufl. (Puchelt) II § 415 S. 635 f. Ueber Art. 95 D. W.O. s. unten Anm. 7.

[4]) Dies nimmt konsequenter Weise Laband an.

Digitized by Google

vorausgesetzt, daß er verpflichtungsfähig ist. Ausgeschlossen ist die Haftung dagegen, wenn der Dritte zur Zeit des Vertragsschlusses von dem Mangel der Vertretungsbefugniß Kenntniß hatte.[5])

Hat der falsche Bevollmächtigte ein Handelsgeschäft[6]) geschlossen, so steht dem Dritten die Wahl zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz und einem Anspruch auf Erfüllung[7]) zu. Beide Ansprüche sollen nach Handelsrecht beurtheilt werden[8]). Der Schadensersatz umfaßt mithin sowohl den positiven Schaden wie den entgangenen Gewinn, der dem Dritten daraus erwächst, daß der Vertrag mit dem angeblich Vertretenen nicht zu Stande gekommen ist[9]). Erfüllung muß der falsche Bevollmächtigte ebenfalls nach Handelsrecht leisten, und zwar in demselben Umfang, in welchem der Machtgeber, wenn

---

[5]) Art. 55², ähnlich schon Pr. L.R. I. 13 § 150 f. Der Kenntniß des Dritten ist nicht, wie Laband annimmt, das Kennenmüssen gleichzustellen, wenngleich im einzelnen Fall zum Beweis der Kenntniß Thatsachen verwerthet werden können, aus denen an sich nur ein Kennenmüssen folgt. Kannte der Dritte den Mangel der Vollmacht, so ist das Geschäft als unter der Bedingung der Ratihabition geschlossen zu betrachten, beim Ausbleiben derselben also wirkungslos, Laband, v. Hahn. Die Haftung des falschen Bevollmächtigten kann übrigens auch vertragsmäßig ausgeschlossen werden, nur darf ein derartiger Vorbehalt nicht unter den Gesichtspunkt des pactum ne dolus praestetur fallen. Eine Ausschließung der Haftung ist anzunehmen, wenn derjenige, der als Bevollmächtigter auftritt, bei seinen Verhandlungen mit dritten Personen, selbst Bestand oder Inhalt der Vollmacht für zweifelhaft erklärt.

[6]) Die Ausdehnung der Bestimmung auf alle Verträge ist von der N. C. ausdrücklich abgelehnt worden, Prot. 92. Andererseits setzt Art. 55 voraus, daß zwischen dem falschen Bevollmächtigten und dem Dritten ein Vertrag geschlossen ist, R. 25. 86 (362).

[7]) Bei Eingehung von Wechselverbindlichkeiten seitens des falschen Bevollmächtigten kommt gemäß H.G.B. 2 zunächst Art. 95 der D.W.O. zur Anwendung. Danach haftet der falsche Bevollmächtigte ebenfalls persönlich, „in gleicher Weise wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre". Ein Anspruch auf Schadensersatz wird hier nicht erwähnt, indeß ist es nicht die Absicht des Art. 95, denselben auszuschließen, falls er sich aus dem der Abgabe der Wechselunterschrift zu Grunde liegenden Geschäft rechtfertigen läßt. Danach kann unter Umständen auch in diesem Fall Art. 55 anwendbar sein. Vgl. zum Art. 95 Thöl Wechselrecht, 4. Aufl. § 63.

[8]) Die Haftung nach Handelsrecht ist schon in Er. und in Pr. ausgesprochen; es bedurfte einer derartigen Festsetzung, da ohne dieselbe der Anspruch gegen den falschen Bevollmächtigten in den meisten Fällen nach bürgerlichem Recht zu beurtheilen sein würde; v. Hahn zu Art. 55 § 1.

[9]) H.G.B. 283; Laband S. 237; v. Hahn § 5.

Digitized by Google

die Vollmacht ertheilt wäre, hierzu verpflichtet sein würde[10]). Beansprucht der Dritte Erfüllung vom falschen Bevollmächtigten, so wird dieser nach Maßgabe des Vertrages nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, kann also, wenn ein zweiseitiger Vertrag vorliegt, auch seinerseits Erfüllung fordern und diesen Anspruch sowohl klagend wie einredeweise geltend machen[11]).

In den Fällen einer bloßen Vollmachtsüberschreitung[12]) stehen dem Dritten die obigen Befugnisse gegen den Bevollmächtigten zwar

---

[10]) Berufung auf eine kurze Verjährung steht dem falsus procurator nicht zu, wenn sie dem Prinzipal, falls die Vollmacht ertheilt wäre, versagt sein würde, R. 11. 111 (358). Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes, welches vom falsus procurator Namens des angeblichen Machtgebers vereinbart ist, bei Ansprüchen auf Grund des Art. 55, Bu. 23. 239 (K.G. Berl. 71). — Die Erfüllung ist ein „Surrogat des Schadensersatzes" (Laband); sie kann ohne den Nachweis einer Vermögensbeschädigung gefordert werden, schließt aber einen etwaigen weiter gehenden Ersatzanspruch nicht aus. Und zwar kann Erfüllung nebst Schadensersatz vom falsus procurator nicht blos dann verlangt werden, wenn dies dem Machtgeber gegenüber, falls er Vollmacht ertheilt hatte, zulässig sein würde, z. B. auf Grund von Art. 354, 355: Seu. 31. 52 (Celle 75), Wendt S. 307, — sondern auch dann, wenn das Vorgeben des falsus procurator, bevollmächtigt zu sein, die Beschädigung des Dritten veranlaßt hat. R. 11. 111 (356) erklärt in diesem letzteren Fall die Kumulation für „nicht unbedenklich", hat aber in concreto neben der Forderung von Kaufpreis und Zinsen den Anspruch auf Erstattung von Kosten des vom Dritten gegen den angeblichen Machtgeber angestellten Vorprozesses für zulässig erachtet, weil die erstere Forderung vom Kläger ausdrücklich als Entschädigungsklage bezeichnet war. Darin liegt aber offenbar kein Entscheidungsmoment. In Wahrheit ist das Verhältniß der Erfüllung zum Ersatzanspruch ein ähnliches wie das des Eintrittsrechtes zu der Entschädigungsforderung in den Fällen der Art. 56 und 59, oben S. 326[49]. Ist Schadensersatz erlangt, so ist damit der Anspruch auf Erfüllung beseitigt, während nichts im Wege steht, gleichzeitig mit oder nach der Erfüllung den Schaden in id quod pluris intersit zu fordern.

[11]) Der Anspruch gegen den falsus procurator ist begründet, sobald der Dritte ihm gegenüber erklärt, auf der Erfüllung bestehen zu wollen; v. Hahn zu Art. 55 § 5; anders Wendt S. 308. Dagegen kann der falsus procurator nicht dadurch, daß er seinerseits Erfüllung anbietet, den Dritten zum Beharren bei dem Geschäft nöthigen; letzteres läßt sich demnach, da sein Bestand oder Nichtbestand vom Willen eines Kontrahenten abhängt, als contractus claudicans bezeichnen, Wendt a. a. O.

[12]) Es muß eine Ueberschreitung der Vollmacht vorliegen. Daß der Bevollmächtigte die ihm vom Machtgeber ertheilten Anweisungen (Instruktionen) nicht eingehalten hat, kommt dem Dritten gegenüber nicht in Betracht, oben §. 49 S. 352; R. 23. 115 (348); Bu. 2. 137 (Dresd. 63); 27. 287 (R.O.H.G. 72); Z. 21. 556 (Nürnb. 71).

Digitized by Google

ebenfalls zu; er ist aber hier auch in der Lage, sich insoweit an den Machtgeber zu halten, als das in dessen Namen geschlossene Geschäft durch die vorhandene Vollmacht gedeckt wird. Die Frage, ob hiernächst noch, insoweit dies nicht der Fall ist, der falsche Bevollmächtigte um Erfüllung oder Schadensersatz angegangen werden kann, ist zu bejahen, falls einer solchen Theilung der Ansprüche nicht der einheitliche Charakter des mit dem Bevollmächtigten geschlossenen Geschäftes entgegensteht [13]).

Wird gemäß Art. 55 ein Anspruch erhoben, so gehört die Negative, daß dem angeblich Bevollmächtigten die Vollmacht ganz oder doch in dem vorgegebenen Umfang gefehlt habe, zur Klagebegründung [14]). Nicht erforderlich ist die vorgängige Inanspruchnahme oder gar Ausklagung des Vertretenen [14a]). Hat Jemand beim Abschluß des Geschäfts, ohne eine Legitimation zu verlangen, den Versicherungen dessen, der sich als Vertreter gerirt, Glauben geschenkt, so ist es die Pflicht des letzteren, den Dritten demnächst durch Beschaffung der erforderlichen Belege zur Inanspruchnahme des Vertretenen in den Stand zu setzen. Der dem Kläger nach Art. 55 obliegende Nachweis wird in diesem Fall schon erbracht, wenn er ein Verhalten des Beklagten darthut, aus welchem eine Ablehnung der gedachten Pflicht hervorgeht. Dem Beklagten wird zwar der Nachweis, daß er gleichwohl Vollmacht besitze, hierdurch nicht abgeschnitten; er muß aber, auch

---

[13]) Die Sachlage muß derartig sein, daß das vom Bevollmächtigten geschlossene Geschäft in mehrere Verträge zerlegbar ist, von denen einzelne durch die Vollmacht gedeckt werden, während in Betreff anderer ein vollmachtloses Handeln vorliegt. Dahin ging auch die Meinung der N. C., Prot. 4662 f. Im Wesentlichen übereinstimmend Thöl, Wendt, v. Hahn; R. 4. 45 (219). Mit der Berechtigung des Dritten, eine Theilung der Ansprüche vorzunehmen, fällt die Frage, ob derselbe verpflichtet ist, sich eine Theilung des Geschäfts gefallen zu lassen, nicht zusammen. Der seine Vollmacht überschreitende Bevollmächtigte kann eine solche gegen den Willen des Dritten nicht herbeiführen, wohl aber der Machtgeber da, wo ihm eine theilweise Ratihabition zusteht, oben §. 50.

[14]) Widersinnig ist die Ausführung in dem Bu. 39. 318 ff. mitgetheilten Erk., daß neben der Haftung des Bevollmächtigten auf Grund des Art. 55 die Haftung des Vollmachtgebers bestehen kann, wenn derselbe es versäumte, das Erlöschen der dem Bevollmächtigten ertheilten Vollmacht dem Dritten rechtzeitig kund zu geben. Dieser Widersinn wird noch dazu für selbstverständlich erklärt.

[14a]) Klagt der Dritte zunächst gegen den Vertretenen, so ist Streitverkündigung an den angeblich Bevollmächtigten zwar räthlich, aber, wenigstens nach gemeinem Recht, keine Bedingung für den demnächst auf Grund des Art. 55 zu erhebenden Anspruch.

Digitized by Google

wenn er denselben führt, für den dem Kläger aus der Verabsäumung der obigen Verpflichtung erwachsenden Schaden aufkommen [15]). Behauptet der Beklagte, daß der Kläger vom Mangel der Vollmacht Kenntniß gehabt habe, so ist dies eine von ihm zu erweisende Einredethatsache [16]).

Ratihabition des Vertretenen beseitigt jeden Anspruch gegen den falsus procurator [17]).

Auf diejenigen Fälle vollmachtlosen Handelns, für die das H.G.B. keine Bestimmungen enthält, findet in Ermangelung von Handelsgebräuchen das allgemeine bürgerliche Recht Anwendung [18]).

§ 52.

C. Einzelne Fälle handelsrechtlicher Stellvertretung.

1) Die Prokura. [1])

Die Prokura ist eine Vollmacht, die sich auf den Betrieb des ganzen Handelsgewerbes erstreckt. Der Prokurist ist zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Das äußere Merkmal seiner Stellung besteht darin, daß er die Firma des Prinzipals per procura zeichnet. [2])

---

[15]) Insbes. auch die Kosten des gegen ihn selbst erhobenen Prozesses tragen.

[16]) Vorstehenden Sätzen entspricht die Praxis des R.O.H.G.'s; in der Literatur sind sie sämmtlich mehr oder minder bestritten; vgl. die Anm. 1 Angeff.; R. 17. 40 (175); 22. 7 (32); 11. 111 (355), auch Z. 21. 553 (Stuttg. 67). Aehnliche Streitfragen wie in Bezug auf Art. 55 ergeben sich aus Art. 95 d. W.O.; Thöl Wechselrecht, 4. Aufl. § 63; Z. 8. 568; 13. 314, 315.

[17]) Soweit der Anspruch gegen den falsus procurator durch den in Folge der Ratihabition dem Vertretenen gegenüber begründeten Anspruch gedeckt wird. Also auch bei vollständiger Ratihabition nicht ganz, falls durch das Verhalten des falsus procurator ein weiter gehender Schaden erwachsen ist.

[18]) Dies gilt sowohl für die Fälle, in denen es sich um andere Vertreter als um Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte oder Bevollmächtigte zu Handelsgeschäften gemäß Art. 298 handelt, wie auch da, wo die Vertreter zwar in der Eigenschaft als Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte aufgetreten sind, aber andere als Handelsgeschäfte Namens des Vertretenen vorgenommen haben. Vgl. über das maßgebende bürgerliche Recht oben Anm. 3; auch Seu. 8. 255.

[1]) Außer den § 48 Anm. 1 Angeff. vgl. noch Gareis § 19; Behrend in v. Holtzendorff Rechtslex. Art. Prokura; Goldschmidt Z. 3 Beil. S. 30 ff.; Busch, Bu. 1. S. 41 ff.; auch die in den folg. Anmerkungen genannten Aufsätze.

[2]) Art. 41[1]: Wer von dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung (Prinzipal) beauftragt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben und per procura die Firma zu zeichnen, ist Prokurist. — Art. 42[1]: Die Prokura er-

Die Ausdrücke Prokura und Prokurist[3]) bezeichneten schon vor dem H.G.B. eine generelle, regelmäßig ebenfalls den ganzen Handelsbetrieb umfassende kaufmännische Vollmacht. Die Hauptneuerung des H.G.B.'s beruht in der absoluten Feststellung ihres Inhalts,[4]) während die früheren Vorschriften hierüber nur dispositiver Natur waren, mithin beliebige Einschränkungen seitens des Prinzipals zuließen.[5]) Unmittelbare Folge hiervon ist, daß der Prokurist, der früher mit dem Faktor, Disponenten oder sonstigen generellen Handlungsbevollmächtigten auf einer Stufe stand,[6]) gegenwärtig einen eigenen, für sich allein stehenden, von allen übrigen Fällen scharf gesonderten Typus der kaufmännischen Stellvertretung bildet.[7])

---

mächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. An der Definition des Art. 41 ist auszusetzen, daß sie den Auftrag statt der Vollmacht zum Merkmal der Prokura macht; v. Hahn zu Art. 41 § 2. Auch gehört es nicht zum Begriff des Prokuristen, daß er beauftragt ist, für Rechnung des Prinzipals zu handeln. Man kann sehr wohl in rem suam zum Prokuristen bestellt sein. Nicht unzutreffend ist dagegen die bereits auf der N. C. gebrauchte und seitdem häufig wiederholte Bezeichnung des Prokuristen als alter ego des Prinzipals, Prot. 74, 79.

[3]) Oben § 49[14]. Ueber die Stellung des Prokuristen nach älterem Recht überhaupt: Martens, Heise § 28; Pöhls Handelsrecht I § 32 ff.; Mittermaier § 537; Pr. L.R. II. 8 § 497—545; Fischer-Ellinger § 123—128; Z. 2. 399, 400; 7. 586, 587, 591; Cl. u. A. 1. 17. Gleichbedeutend mit Prokurist findet sich vor dem H.G.B. auch der Ausdruck Prokurant.

[4]) Die absolute Feststellung des Inhaltes der Prokura beruht auf einem Beschluß der 1. Les., Prot. 71 ff. 91. Pr. steht noch auf dem Standpunkt des früheren Rechts, Zus. zu § 55.

[5]) Eine Ausnahme macht die oben § 49 Anm. 14a angef. bremische Verordnung.

[6]) Handlungsvorstand, Verwalter, Repräsentant (Z. 7. 591, 599) u. dgl. Indeß bestand doch insofern ein Unterschied, als jede im Betrieb eines Handelsgewerbes ertheilte generelle Vollmacht Prokura genannt wurde, während die vorgedachten Bezeichnungen auf die mit der Leitung des Unternehmens betrauten Personen hinweisen; Martens, Heise a. a. O.; Pöhls S. 83, 85; Bu. 27. 55 (A.G. Eisen. 72). Ein Hauptfall der für eine bestimmte Art von Geschäften ertheilten Prokura war nach früherem Recht die Wechselprokura.

[7]) R. 6. 27. (136). Die Prokura des H.G.B.'s unterscheidet sich vermöge ihres absoluten Inhalts von der Handlungsvollmacht, vermöge des Umfanges der Vertretungsbefugniß von den dem Gesellschaftsrecht angehörigen Vollmachten, deren Inhalt ebenfalls unabänderlich feststeht. Nicht möglich ist, daß die Eigenschaft des Prokuristen mit der Prinzipalschaft, oben S. 206, in derselben Person zusammentrifft, Cl. u. A. 3. 417. Insbesondere ist es unzulässig, den von der Vertretung

Digitized by Google

Das Gesetz selbst beschränkt die Vollmacht des Prokuristen in zwei Beziehungen: 1) Die Prokura ermächtigt nicht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken. Hierzu, nicht aber zu anderen Verträgen über Immobilien, bedarf auch der Prokurist noch einer besonderen Vollmacht.[8]) 2) Der Prokurist kann ohne Einwilligung des Prinzipals die Prokura nicht auf einen Anderen übertragen.[9]) Die Substitutionsbefugniß überhaupt ist ihm damit nicht entzogen. Er kann zwar keinen Prokuristen, wohl aber sonstige Bevollmächtigte für den Prinzipal ernennen, also auch eine Handlungsvollmacht zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes ertheilen.[10]) Derartige vom Prokuristen ernannte Bevollmächtigte sind gleich ihm selbst unmittelbare Stellvertreter des Prinzipals.

Abgesehen von den gedachten beiden Ausnahmen ist der Prokurist in weitestem Umfang zur Vertretung des Prinzipals ermächtigt. Seine Vollmacht erstreckt sich nicht blos auf solche Geschäfte, die im gewöhnlichen Lauf des vom Prinzipal betriebenen Handelsgewerbes liegen, sie umfaßt alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb

---

ausgeschlossenen offenen Gesellschafter oder Komplementär zum Prokuristen zu bestellen. Die Ertheilung der Prokura ist in diesem Fall, wenn mit Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter erfolgt, als eine Aufhebung der Ausschließung von der Vertretungsbefugniß anzusehen, sonst überhaupt unwirksam; v. Völderndorff, Bu. 1. 147; anders Bu. 6. 160. Ueber den Kommanditisten als Vertreter der Gesellschaft Art. 167[3].

[8]) Art. 42[2]; oben § 31. Erwerb, Vermiethung, Verpachtung der Immobilien stehen mithin dem Prokuristen auch ohne besondere Vollmacht zu, v. Hahn zu d. Art.; a. M. in Betreff der Vermiethung und Verpachtung v. Völdernd. Komm. S. 329. Für letztere Ansicht scheint zwar zu sprechen, daß die N. C. in 1. Les. beschlossen hat, dem Prokuristen die Verfügung über die Immobilien des Prinzipals zu entziehen, Prot. 77; indeß hat dieser Beschluß im Gesetz nicht Ausdruck gefunden. Nach E. I sollte die Vollmacht zur Veräußerung und Belastung von Immobilien eine ausdrückliche sein. In 2. Les. ist hierfür die gegenwärtige Fassung gesetzt worden, „um auch eine thatsächliche Ertheilung der betr. Befugniß möglich zu machen", Prot. 952. Ueber die Form, in der die gedachte Vollmacht zu ertheilen ist, bestimmt das bürgerliche Recht.

[9]) Art. 53. — Ein Unterschied zwischen substitutionsweiser Uebertragung der Prokura und Bestellung eines zweiten „selbständigen" Prokuristen, Thöl S. 192, Wendt S. 281, läßt sich nicht machen. Unzulässig ist übrigens auch, daß der Prokurist die ihm ertheilte Prokura in eine Kollektivprokura umwandelt.

[10]) Art. 42[1]. Daselbst ist ihm auch die Befugniß zur Aufhebung der Handlungsvollmacht, desgleichen zur Anstellung und Entlassung der Handlungsgehülfen ausdrücklich eingeräumt, vgl. v. Hahn § 3.

Digitized by Google

irgend eines Handelsgewerbes möglicherweise mit sich bringen kann,[11]) d. h. so ziemlich das gesammte Gebiet des entgeltlichen Vermögensverkehrs unter Lebenden.[12]) In diesem weiten Umfang gewährt sie die Befugniß zur gerichtlichen wie zur außergerichtlichen Vertretung des Prinzipals und ersetzt die nach bürgerlichem Recht etwa erforderliche Specialvollmacht.[13])

Eine Willenserklärung, die auf Ertheilung einer Prokura in beschränkterem als dem gesetzlichen Umfang gerichtet ist, müßte streng genommen, weil etwas Unmögliches bezweckend, als ungültig betrachtet werden.[14]) Abweichend hiervon bestimmt das H.G.B., daß die Beschränkungen Dritten gegenüber unwirksam sein sollen. Dritten können mithin derartige Beschränkungen auch dann nicht entgegengesetzt werden, wenn sie Kenntniß von denselben hatten.[15]) Dagegen können dieselben als Anweisungen für den Bevollmächtigten von Bedeutung sein und

---

[11]) In diesem Sinn sind die Worte des Art. 42[1]: „welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt", gegenüber der Fassung von Pr. 40, „welche der Betrieb des Handelsgeschäftes mit sich bringt", zu verstehen, Prot. 91, 951.

[12]) Liberalitäten gehören nur ausnahmsweise in den Bereich des Handelsverkehrs. Daher ist der Prokurist zu Schenkungen nur ermächtigt, wenn sie Remunerationen für im Interesse des Handelsgewerbes geleistete Dienste sind oder wenn sie zur Förderung des Handelsbetriebs gemacht werden. Schenkungen der letzteren Art sind z. B. die Kundengeschenke, Geschenke, um die Gunst einflußreicher Personen zu gewinnen, Anstandsgaben. In ähnlicher Weise ist die Befugniß zu unentgeltlichen Verzichten und zu Intercessionen einzuschränken; v. Völdernd. Komm. I S. 323; R. 12. 20 (66); 16. 52 (184); 16. 88 (351); R. civ. 3. 39 (134 f.). Auch in anderer Beziehung ergiebt sich eine Grenze für die Befugnisse des Prokuristen daraus, daß die Prokura eine Vollmacht zum Betrieb des Handelsgewerbes ist. Der Prokurist kann ohne besondere Vollmacht nicht das Handelsgeschäft des Prinzipals veräußern, nicht die Firma desselben löschen lassen oder verändern, R. 23. 7 (28). Zur Stellung von Strafanträgen ist der Prokurist befugt, „wenn es sich um strafbare Eingriffe in vermögensrechtliche Interessen handelt, mit deren Wahrung der Bevollmächtigte betraut ist"; v. Liszt Reichsstrafrecht S. 129; Brauer, Bu. 11. 59; Bu. 39. 106; R.st. 1. 180 (388).

[13]) Ausgeschlossen ist die Vertretung durch den Prokuristen da, wo überhaupt keine Vertretung statthaft ist, insbesondere bei der Eidesleistung, Civ.Pr.O. 440, vgl. auch Z. 7. 587; 21. 529 (anders nach Pr. L.R. II. 8 § 578, oben § 42[44]); bei eidesstattlichen Versicherungen Bu. 9. 119. Zustellungen können wirksam an den Prokuristen geschehen, C.Pr.O. 159.

[14]) So bei den römischen actus legitimi, L. 77 D. de r. j. (50. 17), mit denen die Prokura schon auf der N. C. zusammengestellt wurde, Prot. 74.

[15]) Also auch nicht, wenn dieselben zu Unrecht eingetragen sind. Anders, wenn der Dritte sich zur Gefährde des Prinzipals einer Kollusion mit dem Prokuristen schuldig macht. Die Nichtbeachtung unstatthafter, wenngleich bekannter

Digitized by Google

eine Verantwortlichkeit desselben dem Machtgeber gegenüber begründen.[15a]) Diese Grundsätze finden auf alle der Prokura beigefügten Beschränkungen Anwendung, nicht nur auf diejenigen, die dem Prokuristen in Bezug auf die von ihm vorzunehmenden Handlungen Schranken auferlegen, sondern auch auf solche, die die Existenz der Prokura betreffen, wie z. B. wenn dieselbe zeitlich begrenzt oder von Bedingungen abhängig gemacht ist.[16])

Die Ertheilung einer Prokura steht nur den Vollkaufleuten zu.[17]) Eine von einem Kaufmann minderen Rechts ertheilte Prokura ist als solche nicht gültig, wird aber in der Regel als Handlungsvollmacht zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes aufrecht zu halten sein.[18]) Der Prinzipal muß bei Ertheilung der Prokura handlungsfähig sein,

---

Beschränkungen enthält aber an sich weder eine Kollusion noch überhaupt einen dolus; umgekehrt ist eine Kollusion möglich, auch ohne daß dem Prokuristen Beschränkungen auferlegt sind, R. 6. 27 (134 ff.); Z. 14. 504 (O.Tr. Berl. 67); Bu. 18. 128 (Nürnb.). Die Vertretungsbefugniß des Prokuristen besteht gegenüber Dritten, d. h. allen Personen außer dem Prinzipal, R. 6. 27 (141), oben § 37 S. 206. Bei der Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaft gehören dahin auch die Kommanditisten, bezw. Kommanditaktionäre, ebenso bei der Aktiengesellschaft die Aktionäre, bei der eingetragenen Genossenschaft die einzelnen Genossenschafter, R. 7. 107 (413); 9. 22 (70).

[15a]) Vgl. unten Anm. 30.

[16]) Art. 43[2]. Daher kann ein Prinzipal, der mehrere Handelsniederlassungen unter gleicher Firma besitzt, nicht blos für eine derselben Prokura ertheilen, Bu. 9. 450. Wohl aber kann er, wenn die Etablissements unter verschiedener Firma geführt werden, den Prokuristen ausschließlich zur Zeichnung einer dieser Firmen ermächtigen, Z. 14. 503 (Dresd. 65).

[17]) Nicht blos für Einzelkaufleute, sondern auch für Handelsgesellschaften, namentlich auch für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragene Genossenschaften können Prokuristen bestellt werden. In Betreff der Aktiengesellschaften war die N.C. a. M., „da erfahrungsgemäß A.gesellschaften niemals einen Prokuristen bestellen, wie denn auch das Recht der Bestellung eines solchen eigentlich nur als das Attribut eines Menschen betrachtet werden könne, da es einen Prinzipal mit unbeschränkter Willensfähigkeit voraussetze", Prot. 106 ff. Diese Gründe sind indeß offenbar unzutreffend und die Meinung der N.C. als solche verdient, da sie im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat, keine Beachtung; R. 6. 87 (394); 7. 107 (413); 8. 80 (337); 9. 22 (69); Bu. 1. 272 (Priber); v. Hahn zu Art. 234; Renaud Aktienges. S. 640 (2. Aufl.); über die Organe, denen die Ertheilung und Aufhebung der Prokura zusteht, s. folg. Buch. Unzulässig ist die Bestellung eines Prokuristen für eine in Liquidation befindliche Handelsgesellschaft, R. 13. 76 (224); Anschütz Komm. II S. 312; Z. 10. 345 (Keyßner); Bu. 4. 65 (v. Kräwel).

[18]) Oben § 36 S. 193.

Digitized by Google

oder es muß eine Ergänzung der ihm fehlenden Handlungsfähigkeit, bezw. eine geeignete Vertretung stattfinden.[19]) Auf Seite des Prokuristen ist juristische Handlungsfähigkeit weder zur Uebernahme der Prokura, noch um als Prokurist im Namen des Machtgebers zu handeln, wohl aber zur Begründung der den Prokuristen treffenden Verpflichtungen erforderlich.[20])

Daß die Ertheilung der Prokura nicht an bestimmte Formen gebunden ist, mithin sowohl ausdrücklich wie stillschweigend geschehen kann, ergiebt sich aus § 49.[21]) Eine ausdrückliche Prokuraertheilung liegt immer vor, wenn der Prinzipal die Vollmacht als Prokura oder den Bevollmächtigten als Prokuristen bezeichnet oder wenn er letzteren ausdrücklich ermächtigt, die Firma per procura zu zeichnen.[22]) Eine

---

[19]) In Bezug auf die Bestellung von Prokuristen für Minderjährige ist von folgenden Grundsätzen auszugehen: Ein vom Vormund bestellter Prokurist bedarf der obervormundschaftlichen Autorisation in den Fällen, in denen der Vormund selbst ihrer benöthigt sein würde. Ist die Ertheilung der Prokura obervormundschaftlich genehmigt, so liegt darin zugleich eine generelle Ermächtigung zu allen Handlungen, die in den Bereich der Prokura fallen. Eine besondere Autorisation ist alsdann nur noch in Bezug auf solche Geschäfte erforderlich, hinsichtlich deren die generelle Ermächtigung nicht ausreicht. — Nach früherem Preuß. Recht erfolgte die Bestellung des Prokuristen für Minderjährige direkt durch das Vormundschaftsgericht, Preuß. E.G. 21¹, gegenwärtig geschieht sie durch den Vormund, bedarf aber obervormundschaftlicher Genehmigung, Vorm.O v. 5. 7. 75 § 42 Nr. 11. Die Statthaftigkeit einer generellen obervormundschaftlichen Ermächtigung ist auf die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten beschränkt, V.O. § 95. Vgl. auch oben § 33 und Zus. I. das.

[20]) Einen nicht handlungsfähigen Prokuristen trifft insbesondere nicht die Verpflichtung des Art. 56. Schon hervorgehoben ist, daß auch bei fälschlichem Vorgeben der Prokura seitens eines Handlungsunfähigen, abgesehen vom Fall des dolus, keine Haftung Dritten gegenüber eintritt. Anders, wenn die Genehmigung des Vormundes oder Gewalthabers zur Eingehung eines derartigen Verhältnisses ertheilt ist. Eine solche Genehmigung liegt im Zweifel in der Zustimmung zur Uebernahme einer Gehülfenstellung, oben § 45 S. 317. Bei der Eintragung minderjähriger Prokuristen in das Handelsregister pflegt das Datum der Geburt vermerkt zu werden, Keyßner H.G.B. S. 51.

[21]) Oben S. 348 Anm. 15.

[22]) Art. 41²: Die Bestellung des Prokuristen kann durch Ertheilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht, oder durch ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen oder durch die Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen, geschehen. Eine andere Art der Bestellung ist nicht denkbar, von den vorbezeichneten sind die beiden ersten stets ausdrückliche Erklärungen; dagegen kann die Ermächtigung, die Firma p. p. zu zeichnen, ebensowohl aus-

Digitized by Google

stillschweigende Ermächtigung ist anzunehmen, wenn ein Kaufmann wissentlich und ohne Einspruch zu erheben, geschehen läßt, daß Jemand sich als sein Prokurist gerirt, insbesondere daß derselbe sich in dieser Eigenschaft seiner Firma bedient.[23])

Die Prokuren werden durch das Handelsregister veröffentlicht.[24]) Ertheilung und Aufhebung derselben ist gemäß § 39 Nr. 6 vom Prinzipal anzumelden[25]); ersteren Falles muß mit der Anmeldung eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Zeichnung der Firma durch den Prokuristen eingereicht werden.[26]) Die Unterlassung der Anmeldung zieht Ordnungsstrafen, im Fall der Aufhebung einer bestehenden Prokura überdies relative Nichtigkeit nach sich.[27])

Für die Firmenzeichnung ist vorgeschrieben, daß der Prokurist der Firma des Prinzipals einen das Prokuraverhältniß andeutenden Zusatz und seinen Namen beifügen soll.[28]) Diese Bestimmung ist indeß

---

drücklich wie stillschweigend erfolgen, s. folg. Anm. Die ausdrückliche Erklärung ist immer wirksam, wenn sie abgegeben wird, um den Prokuristen als solchen Dritten gegenüber zu legitimiren, gleichviel ob sie an den Prokuristen, an das Publikum im Allgemeinen oder nur an bestimmte Personen adressirt wird. Auch in letzterem Fall tritt die volle Wirkung der Prokura ein; v. Hahn S. 173 f; Cl. u. A. 2. 228.

[23]) Goldschmidt Z. 3 Beil. S. 34 f.; v. Hahn S. 173 f.; R. 8. 76 (316). Gegen die Zulässigkeit einer stillschweigenden Prokuraertheilung v. Völdernd. Komm. S. 317 f.; Bu. 3. 173 ff. (v. Krämel); Wendt in Endem. Handb. I S. 283. Ueber das Verhalten des Prinzipals, welches zur Annahme einer derartigen stillschweigenden Ermächtigung erforderlich ist, lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen; Anhaltspunkte ergeben sich aus den § 49 Anm. 15 angef. Entscheidungen.

[24]) Die Eintragung in das Handelsregister setzt eine rechtsbeständige Bestellung des Prokuristen voraus. Fehlt es hieran, so ist die Prokura trotz der Eintragung unwirksam, R. 23. 93 (286); Bu. 19. 249 (Eisenach); vgl. auch oben § 39 Anm. 59; R.civ. 1. 89 (242).

[25]) Art. 45, 46, oben S. 234 f.

[26]) Art. 45[2]. Die Zeichnung beim Handelsregister muß so geschehen, wie sie demnächst im Verkehr zur Anwendung kommen soll, Z. 6. 579. Von der Einreichung der Zeichnung ist Abstand zu nehmen, wenn der Prokurist Analphabet oder sonst schreibensunfähig ist, Keyßner H.G.B. S.51[6], auch oben § 40 Anm. 44.

[27]) In Bezug auf das Erlöschen der Prokura oben § 49 S. 350.

[28]) Art. 44[1]. Der übliche Zusatz ist p. p. (per procura), und zwar wird derselbe meist der Firma vorgesetzt. Es ist aber auch zulässig, daß die gedachten Worte dem Namen des Prokuristen beigefügt werden, Z. 14. 506, 507 (Dresd. 68, 67); v. Völdernd. Komm. S. 339; vgl. aber auch Bu. 1. 399; 1. 54. Statthaft ist ferner, daß der Prokurist der gedruckten Firma des Prinzipals seinen Namen beifügt. — „Für die M. P. Gesellschaft" ist keine dem Art. 44 entsprechende Firmazeichnung, Cl. u. A. 2. 242.

Digitized by Google

lediglich eine Ordnungsvorschrift[28a]), deren Nichtbeobachtung den Namens des Prinzipals abgegebenen Erklärungen des Prokuristen nicht die Wirkung der Stellvertretung entzieht.[29])

Die Pflichten und Rechte des Prokuristen gegenüber dem Prinzipal bestimmen sich nach der Beschaffenheit des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses.[30]) Eine aus der Stellung des Prokuristen ohne Weiteres hervorgehende Folge ist die Verpflichtung desselben, ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigne noch für fremde Rechnung Handelsgeschäfte zu machen.[31])

Einer Mehrzahl von Personen kann sowohl in der Weise Prokura ertheilt sein, daß jeder von ihnen als Prokurist zur Vertretung des Prinzipals befugt sein soll, wie derartig, daß die Vertretungsbefugniß nur der Gesammtheit oder mehreren von ihnen gemeinschaftlich zustehen soll (Kollektivprokura).[32]) Kollektivprokuristen sind nur, wenn

---

[28a]) Ausnahme Art. 167[3].

[29]) Die Wirkung der Stellvertretung tritt, abgesehen von dem in vor. Anm. bezeichneten Fall, immer ein, wenn das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals oder mit erkennbarer Beziehung auf denselben geschlossen ist, Art. 52[1]. Daher a) auch dann, wenn der Prokurist Urkunden lediglich mit dem Namen des Prinzipals ohne einen auf das Prokuraverhältniß hinweisenden Zusatz und ohne Beifügung seines eigenen Namens unterzeichnet hat; R. 5. 58 (263); 5. 59 (271); 10. 9 (56); Z. 13. 260 (Wien 67); 21. 528 (Dresd. 70); Bu. 26. 260 (Nürnb. 70); 36. 328 (München 73). Entgegengesetzt das Preuß. O.Trib., welches die Abgabe der Namensunterschrift als ein höchst persönliches Recht ansah! Bu. 17. 178; 18. 113; 20. 64; 23. 238; b) ebenso dann, wenn er die Firma des Prinzipals mit dem Zusatz p. p., aber ohne seinen eigenen Namen hinzuzufügen, gezeichnet hat, R. 18. 24 (99); c) wenn der Prokurist lediglich seinen eigenen Namen gebraucht, sofern die Beziehung des Geschäfts auf den Prinzipal ersichtlich ist, R. 12. 45 (133); vgl. auch R. 15. 29 (77). — Nicht auf Prokuristen bezieht sich das österr. Ges. v. 19. Juni 72. (Z. 18. 169.)

[30]) R. 5. 77 (349); 8. 25 (108); Z. 14. 504; Bu. 36. 175 (Dresden 67, 76), oben § 49 S. 351. — In dieser Hinsicht können die Befugnisse des Prokuristen sehr verschieden abgestuft sein: von der Stellung eines mit der gesammten Geschäftsleitung betrauten Disponenten bis zu der eines blos formellen Vollmachtträgers, der bei den geschäftlichen Anordnungen gar nicht mitzureden hat, v. Hahn S. 172. Das Verhältniß des Prokuristen zum Prinzipal braucht kein Dienstverhältniß zu sein, oben § 43, 44, 48. Prokurist in rem suam oben Anm. 2.

[31]) Art. 56; es kommen die oben § 45 S. 324 ff. erörterten Grundsätze zur Anwendung.

[32]) Art. 41[3]. Ob Kollektivprokura oder mehrere Einzelprokuren vom Prinzipal beabsichtigt sind, ist von Fall zu Fall zu bestimmen. Das Gesetz stellt keine Präsumtion, weder nach der einen noch nach der anderen Richtung, auf. Gleiches gilt schon nach römischem Recht bei mehreren institores L. 11 § 5 D. de inst.

Digitized by Google

sie zusammen auftreten, Träger der Prokura und haben daher auch bei der Abgabe von Unterschriften der Firma des Prinzipals sämmtlich ihre Namen beizufügen.[33]) Ist durch den Wegfall eines oder mehrerer von ihnen das nach dem Inhalt der Prokura erforderliche gemeinschaftliche Handeln unmöglich geworden, so ist die letztere erloschen. Die Eigenschaft der Prokura als Kollektivprokura ist in das Handelsregister einzutragen.[34])

§ 53.

2) Die Handlungsvollmacht.[1])

I. Die Handlungsvollmacht ist eine nicht absolut, sondern dispositiv begrenzte, mithin Dritten gegenüber präsumtiv in dem gesetzlichen Umfang bestehende kaufmännische Vollmacht. Das H.G.B. kennt drei Arten der Handlungsvollmacht: zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes, für gewisse Arten von Geschäften, zu einzelnen Geschäften.[2])

(14. 3): conditio praepositionis servanda est . . .; si plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. Mehrere magistri navis L. 1 § 13, 14 de exerc. (14. 1). Die aus diesen Stellen bei Seu. 12. 60 gezogene Folgerung, daß bei mehrfacher Bevollmächtigung im Zweifel jeder der Bevollmächtigten befugt ist, für sich zu handeln, erscheint nicht begründet.

[33]) Art. 44². Form der Zeichnung bei der Anmeldung zum Handelsregister Bu. 2. 165; 3. 365 (Königsb. Komm.Koll. 63, 64); 23. 234 (K.G. Berl. 70); v. Völdernd. Komm. I S. 340 f.; Keyßner Z. 14. 442 ff. Gemeinschaftliches Handeln der Kollektivprokuristen ist auch bei mündlichen Willenserklärungen erforderlich; dazu gehört aber nicht nothwendig eine ausdrückliche Willenserklärung jedes einzelnen Prokuristen, R. 17. 94 (402); v. Hahn S. 175; anders v. Kräwel, Bu. 3. 176.

[34]) Die Praxis läßt eine Kollektivvertretung auch in der Weise zu, daß ein Prokurist gemeinschaftlich mit einzelnen offenen Gesellschaftern oder Komplementären oder mit Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft zur Vertretung ermächtigt wird. Nach dem H.G.B. ist dies nicht unbedenklich, R. 8. 80 (337); Renaud Aktiengesellsch. 2. Aufl. S. 641 Anm. 18; Priber, Bu. 1. 275; Keyßner a. a. O.

[1]) Literatur. Oben § 48 Anm. 1; § 52 Anm. 1; Gareis § 20. Eine speziell auf den Handlungsreisenden bezügliche Schrift: Rivière du commis voyageur et de son préposant, Par. 1863, ist mir nicht zugänglich gewesen.

[2]) Art. 47¹: Wenn ein Prinzipal Jemanden, ohne Ertheilung der Prokura, sei es zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes oder zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften in seinem Handelsgewerbe bestellt (Handlungsbevollmächtigter) u. s. w. Die Fassung schließt nicht aus, daß die Bestellung des Handlungsbevollmächtigten durch einen Vertreter des Prinzipals (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Vormund 2c.) erfolgt, v. Hahn S. 185, Anm. 1. Hinsicht-

Digitized by Google

— Eine Vollmacht zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes liegt immer vor, wenn ein Kaufmann einen Vertreter in seinem Gewerbebetrieb ernennt, ohne ihm Prokura zu ertheilen und ohne ihn andererseits auf bestimmte Arten von Geschäften zu beschränken.[3]) Eine solche Vollmacht ermächtigt zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt.[4]) Die beiden anderen Fälle setzen voraus, daß der Vertreter dem Machtgeber gegenüber eine Gehülfenstellung einnimmt, wenngleich er nicht nothwendig Handlungsgehülfe desselben in dem oben § 44 erörterten Sinn zu sein braucht.[5]) Die Handlungsvollmacht zu einer

---

lich der Bestellung von Handlungsbevollmächtigten für Minderjährige gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze wie in Betreff der Prokuristen, oben § 52 Anm. 19. Nach der jetzigen Preuß. Vorm.O. bedarf der Vormund zur Bestellung von Handlungsbevollmächtigten keiner obervormundschaftlichen Genehmigung.

[3]) R. 12. 92 (277). — Es genügt die allgemeine Ermächtigung zum Abschluß von Handelsgeschäften, Z. 17. 202 (Dresden 69), dagegen nicht ohne Weiteres die Bezeichnung des Vertreters als Handlungsbevollmächtigten oder der Vollmacht als Handlungsvollmacht, Z. 14. 507, 509 (O.Tr. Berlin, Dresden 67).

[4]) Art. 47. Giebt sich die individuelle Natur des Geschäfts, für dessen Betrieb der Handlungsbevollmächtigte bestellt ist, in bestimmten äußerlich erkennbaren Merkmalen kund, so ist hiernach zu bemessen, ob eine Handlung als gewöhnlich anzusehen ist oder nicht. Fehlt es an Anhaltspunkten für eine derartige konkrete Beurtheilung, so ist der Maßstab gleichartiger oder ähnlicher Geschäfte zu Grunde zu legen. R. 6. 30 (154); Z. 14. 516; 21. 530, 536 (O.Trib. Berlin 68, 69). Zur Kasuistik Seu. 2. 87; Z. 14. 556; 21. 534 (Nürnb. 69). Die Uebernahme von Bürgschaften und Intercessionen gehört in der Regel nicht zu den Befugnissen eines, wenngleich zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten, Z. 21. 533 (Nürnb. 69); v. Völdernd. Komm. S. 356[34]. Die Kasuistik bezieht sich übrigens vorwiegend nicht auf diesen, sondern auf die beiden anderen Fälle der Handlungsvollmachten, s. Anm. 7, 8.

[5]) Die Abgrenzung der Handlungsvollmachten von den im Art. 297, 298 bezeichneten Vollmachten zu Handelsgeschäften verursacht nicht geringe Schwierigkeiten, zu deren Lösung die Materialien keine ausreichende Grundlage gewähren. Ein Unterschied besteht darin, daß Art. 298 sich auch auf die von Nichtkaufleuten ausgehenden Vollmachten zu Handelsgeschäften bezieht, indeß folgt aus Art. 297, daß es auch Vollmachten von Kaufleuten giebt, die keine Handlungsvollmachten sind. Ebenso wenig läßt sich der Gegensatz auf den generellen oder speciellen Inhalt der Ermächtigung gründen; die Handlungsvollmacht kann, wie aus Art. 47 hervorgeht, auf ein specielles Geschäft gerichtet sein und andererseits finden die Art. 297 und 298 auch auf generelle Vollmachten Anwendung. (Damit erledigt sich zugleich die neueste von Wendt in Endem.'s Handb. I S. 288 f. versuchte Gegenüberstellung.) Das Vorhandensein eines Dienst- oder Abhängigkeitsverhältnisses, welches meistens als Erforderniß der Handlungsvollmacht aufgestellt wird und auf das auch die Prot. hinweisen (S. 963, 4515), ist allerdings für den zum

Digitized by Google

bestimmten Art von Geschäften umfaßt die Fälle, in denen den Gehülfen eines Kaufmanns nicht für den ganzen Umfang des Handelsgewerbes, sondern nur innerhalb eines gewissen Geschäftskreises Vertretungsbefugniß zusteht, ist also stets eine generelle Vollmacht.[6]) Eine Handlungsvollmacht zu einzelnen Geschäften ist vorhanden, wenn der Gehülfe zum Betrieb einer oder mehrerer Angelegenheiten ermächtigt

---

Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bestellten Handelsbevollmächtigten nicht aufrecht zu erhalten (arg. Art. 56), wohl aber für diejenigen, die nur zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften bestellt sind. Diese sind nur dann Handlungsbevollmächtigte, wenn sie zugleich Gehülfen (oben § 44.) sind; ebenso ist umgekehrt jeder Gehülfe, dem der Prinzipal eine Vollmacht in seinem Gewerbebetrieb ertheilt hat, auch Handlungsbevollmächtigter. Der selbständige Agent, in den meisten Fällen der Provisionsreisende sind demnach, auch wenn sie dauernd für ein Haus thätig sind, keine Handlungsbevollmächtigte, desgleichen nicht der Kaufmann, der nebenamtlich das Geschäft eines Kassirers bei einem Vorschußverein versieht, R. 6. 39 (195). — Die Hauptbedeutung des Unterschiedes zwischen Handlungsvollmachten und Vollmachten zu Handelsgeschäften besteht in Bezug auf die Anwendung des Art. 49, unten Anm. 19. Ueber den Begriff der Handlungsvollmacht Thöl § 57; Endem. § 29; Wendt in Endem.'s Handb. I S. 287 f.; v. Hahn S. 169; v. Völdernd. S. 348; R. 1. 44 (150); 1. 72 (252); 5. 24 (105); 7. 78 (300); 9. 31 (104); 12. 2 (8 f.); 15. 111 (405); 19. 26 (86); R.civ. 1. 4 (8); Z. 11. 142 (O.Tr. Berlin 65); 15. 563 (Nürnb. 68); 21. 551 (Augsb. 74).

[6]) Für die Handlungsvollmacht zu einer bestimmten Art von Geschäften wie für die zu einzelnen Geschäften ist der Unterschied zwischen Gehülfen des Kaufmannes und Handlungsgehülfen (oben § 43) von Bedeutung. Die genannten Handlungsbevollmächtigten müssen in einem Gehülfenverhältniß zum Prinzipal stehen, brauchen aber nicht Handlungsgehülfen (Handlungsdiener oder Lehrlinge) desselben zu sein. Daher können Handlungsbevollmächtigte auch Personen sein, bei denen das Gehülfenverhältniß nicht auf einem Vertrage beruht. Ehemann als Handlungsbevollmächtigter der Frau R. 10. 26 (142); Cl. u. A. 3. 266. Ebenso Personen, deren Stellung sich nach der Beschaffenheit ihrer Dienste nicht als die eines Handlungsgehülfen auffassen läßt, oben S. 312 zu III. Alle Gehülfen eines Kaufmannes, denen Vertretungsbefugniß in Bezug auf den Gewerbebetrieb desselben zusteht, sind mithin Handlungsbevollmächtigte. Einzelne Fälle der zu einer bestimmten Art von Geschäften bestellten Handlungsbevollmächtigten: Ladendiener Cl. u. A. 2. 154; Z. 14. 525 (Frankf. 69); Kellnerin Z. 11. 148 (Nürnberg 64); Ausläufer Bu. 22. 289 (Ob.H.G. Mannh. 70); die mit der Gepäckexpedition und dem Verkauf der Fahrbillets beauftragten Eisenbahnbeamten Z. 14. 522 (Frankf. 68); Fabrikdirektoren Cl. u. A. 3. 407, 450; Versicherungsinspektoren R. 6. 15 (86); Z. 21 535 (Nürnb. 69); Werkführer Bu. 7. 361 (Nürnb. 65); Schiffer und Steuermann eines Stromfahrzeuges, R. 5. 60 (274); Bu. 10. 319. Eine Hauptart dieser Handlungsbevollmächtigten, die Kassirer, waren in Pr. neben den Handlungsreisenden besonders genannt.

Digitized by Google

ist. Auch diese Vollmacht kann einen generellen Inhalt haben, kann aber ebenso auch auf eine oder mehrere spezielle Handlungen beschränkt sein. [7])

In Bezug auf den Umfang der Vertretungsbefugniß gilt sowohl für die Handlungsvollmacht zu einer bestimmten Art von Geschäften wie für die zu einzelnen Geschäften der Grundsatz, daß der Bevollmächtigte zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt ist, die die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. [8])

II. Auf sämmtliche Handlungsvollmachten finden ferner folgende Regeln Anwendung:

a) Die Handlungsvollmacht enthält nicht die Befugniß zur Aufnahme von Darlehen, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Prozeßführung. [9]) b) Gleich dem Prokuristen kann der Hand-

---

[7]) Beispiele von Handlungsvollmachten zu einzelnen Geschäften R. 1. 72 (252); Z. 8. 144 (österr. ob. Ger. 63); 14. 510 (O.Tr. Berl. 68); 15. 563; 21. 531; Bu. 26. 261 (Nürnb. 63, 68, 70). Art. 47[1] ist auf die Vollmachten zu einem einzelnen Geschäft anwendbar, wenn es sich entweder um eine durch verschiedene Rechtshandlungen zu erledigende Angelegenheit handelt oder wenn nach der herkömmlichen Auffassung des Verkehrs die Vollmacht zu einer bestimmten Handlung zugleich die Ermächtigung zur Vornahme gewisser andrer hiermit in Zusammenhang stehender Rechtshandlungen in sich schließt, s. folg. Anm.

[8]) Zur Kasuistik: Vollmacht zum Verkauf von Spekulationspapieren enthält nicht auch die Vollmacht zu Prolongationsgeschäften, R. 1. 72 (252). Entgegennahme von Dispositionsstellungen seitens des Verkaufsbevollmächtigten R. 5. 24 (105); 12. 2 (8), s. auch unten Anm. 24 und § 55[7]. Ermächtigung des Steuermannes eines Stromfahrzeuges zum Abschluß von Frachtverträgen nicht ohne Weiteres anzunehmen R. 5. 60 (273), vgl. Bu. 10. 319. Versicherungsinspektor nicht zur Feststellung von Schadensansprüchen und zu Zahlungszusagen ermächtigt, R. 6. 15 (86), s. aber auch Z. 21. 535 (Nürnb. 68). Andere hierher gehörige Entscheidungen Cl. u. A. 2. 167; Z. 14. 510; 15. 563; 21. 531, 532; Bu. 7. 445; 22. 287; 26. 261. — Vgl. auch Thöl § 67 Anm. 11—13. Einschränkungen der Handlungsvollmacht, unten Anm. 11.

[9]) Art. 47[2]. In Betreff der Aufnahme von Darlehen und der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten ist dies in 2. Les., hinsichtlich der Prozeßführung in 3. Les. beschlossen, Prot. 966 f., 4514 f. — Zur Aufnahme von Darlehen war schon nach röm. Recht eine Spezialvollmacht erforderlich, L. 1. Cod. de exerc. (4. 25). Als Aufnahme eines Darlehns ist es auch anzusehen, wenn ein Fabrikdirektor sich zur Beschaffung der nöthigen Materialien einen Bankkredit eröffnet; unrichtig Cl. u. A. 3. 450. Die Vollmacht zur Eingehung von Wechselverpflichtungen kann sich auf bestimmte Arten von Wechselverbindlichkeiten beschränken, z. B. auf das Giriren, und schließt alsdann nicht die Vollmacht zur Eingehung anderer Wechselverpflichtungen (Accept, Ausstellung) in sich, Z. 21. 532 (Dresden 71). Uebernahme von Verpflichtungen aus kaufmännischen Anweisungen v. Völdernd.

Digitized by Google

lungsbevollmächtigte seine Vollmacht nicht auf einen Andern übertragen. Die Unzulässigkeit der Uebertragung bezieht sich aber auch hier nur auf den Gesammtinhalt der Handlungsvollmacht, nicht auf theilweise Substitutionen.[10]) Der zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bestellte Handlungsbevollmächtigte kann daher Handlungsbevollmächtigte zu einer bestimmten Art von Geschäften wie zu einzelnen Geschäften ernennen, vorausgesetzt daß eine derartige Bevollmächtigung nach der Beschaffenheit des vom Prinzipal betriebenen Handelsgewerbes als gewöhnlich zu betrachten ist. Unter derselben Voraussetzung hat er auch die Befugniß, Handlungsgehülfen zu ernennen. c) Soweit die Vertretungsbefugniß des Handlungsbevollmächtigten reicht, steht er dem Prokuristen gleich, ist mithin im Bereich seiner Vollmacht zu allen Handlungen, auch zu solchen, die eine Spezialvollmacht erfordern, befugt. Einschränkungen seiner präsumtiven Vertretungsbefugniß wirken Dritten gegenüber nur dann, wenn sie dieselben kannten oder kennen mußten.[11]) d) Handlungsbevollmächtigte können auch von Kaufleuten minderen Rechts ernannt werden.[12]) Eine Eintragung derselben in das Handelsregister findet nach dem H.G.B. nicht statt. Einzelne Landeseinführungsgesetze haben die Eintragung für statthaft erklärt.[13])

Komm. S. 356. — Ob und inwieweit der kraft besonderer Vollmacht zur Prozeßführung ermächtigte Handlungsbevollmächtigte befugt ist, als Vertreter des Prinzipals vor Gericht aufzutreten, wird durch Art. 47[1] nicht entschieden, sondern ist nach dem Prozeßrecht zu bestimmen. Früher ist diese Frage im Gebiet des Preußischen Prozesses lebhaft erörtert worden; nach der D. Civ.Pr.O. ist der Handlungsbevollmächtigte nur insoweit als Vertreter zuzulassen, als nicht im Anwaltsprozeß verhandelt wird. Selbstverständlich erstreckt sich die Vollmacht zur Prozeßführung nicht auf Handlungen, die von der Partei persönlich vorgenommen werden müssen. Eidesleistungen und eidesstattliche Versicherungen Z. 7. 587; Bu. 9. 119; 10. 436; Seu. 17. 184, oben § 52 Anm. 13. Zustellungen können an den Handlungsbevollmächtigten als solchen nicht stattfinden, C.Pr.O. 159 f. — Zu Exekutionsanträgen läßt die österr. Praxis den Handlungsbevollmächtigten auch ohne besondere Vollmacht zu, Cl. u. A. 3. 407.

[10]) Art. 53, oben S. 363.

[11]) Art. 47[3], 52; oben § 49 Anm. 13, 17. Beachtung verdienen auch die dem Dritten bekannten Einschränkungen der Vertretungsbefugniß nur, wenn sie an objektiv erkennbare Merkmale geknüpft sind, Z. 11. 167 (O.Tr. Stuttg. 64). Beweislast für das Vorhandensein besonderer Einschränkungen R. 16. 36 (131), vgl. aber auch Z. 11. 167 (O.Tr. Stuttg. 63); 21. 536 (O.Tr. Berlin 69). Das Erforderniß der Kundmachung gilt wie für Einschränkungen, so auch für die Aufhebung der Handlungsvollmachten, oben a. a. O.

[12]) Handlungsbevollmächtigte gewöhnlicher Schiffer Bu. 3. 81 (K.G. Berl. 64).

[13]) Oben § 39 S. 231 f., 250; Cl. u. A. 2. 196; Bu. 9. 451; unrichtig Cl. u. A. 2. 131.

Digitized by Google

e) Der Handlungsbevollmächtigte soll der Firma oder dem Namen des Prinzipals seinen Namen mit einem auf das Vollmachtsverhältniß hinweisenden Zusatz beifügen, sich aber jedes Zusatzes enthalten, der auf ein Prokurenverhältniß gedeutet werden könnte. Wie die ähnliche Bestimmung in Betreff der Prokuristen, ist auch diese nur Ordnungsvorschrift.[14]) f) Das Verbot, ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte zu machen, gilt nur für den zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten.[15]) g) In Bezug auf die Möglichkeit einer kollektiven Handlungsvollmacht gilt dasselbe wie hinsichtlich der Kollektivprokura.[16])

III. Für drei Fälle enthält der H.G.B. Sonderbestimmungen, durch welche theils der Umfang der Handlungsvollmacht näher bestimmt, theils das Vorhandensein einer Vollmacht festgestellt wird.

1) Handlungsreisende sind ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen geschlossenen Verkäufen einzuziehen und zu kreditiren.[17]) Eine gleiche Ermächtigung wurde schon vor dem H.G.B. als in der Stellung der Handlungsreisenden liegend angenommen.[18]) Die Bestimmung findet nur auf die s. g. eigenen Reisenden, d. h. auf diejenigen, die im Geschäft des Prinzipals die Stellung eines Handlungsbevollmächtigten einnehmen,[19]) Anwendung, und auch auf diese nur, wenn sie sich sowohl bei Abschluß des Vertrages wie bei Ein-

[14]) Art. 48, oben § 52, Anm. 28, 28a, 29. Uebliche Zusätze zur Andeutung der Handlungsvollmacht sind per (p.), in Vollmacht, in Vertretung, v. Völdernd. zu d. Art. Strafbestimmung der Mecklenb. E.gesetze, Zus. zu § 55.

[15]) Art. 56; oben S. 368, 324 ff.

[16]) Das H.G.B. enthält hierüber keine Bestimmungen.

[17]) Art. 49. Zur Entstehungsgeschichte v. Hahn und v. Völdernd.; s. auch Zus. zu §. 55.

[18]) Pöhls H.R. I S. 103; Mittermaier § 538 S. 746; Treitschke Kaufkontrakt S. 114 f.; Wengler: Bu. 2. 60; Z. 2. 404; Bu. 10. 450. Andere nahmen indeß die Ermächtigung nicht ohne Weiteres an, sondern nur wenn sie sich aus der dem Reisenden ertheilten Vollmacht oder aus einem Handelsgebrauch begründen ließ, Z. 1. 153, 155; Bu. 27. 55; Seu. 12. 132.

[19]) Also nicht auf die nicht in einem Dienst- oder Abhängigkeitsverhältniß stehenden Reisenden (Provisionsreisenden, Agenten). Ueber diese will Art. 49 überhaupt nicht bestimmen; aus demselben läßt sich daher auch nicht etwa ein argumentum a contrario in Betreff der nicht zu den Handlungsbevollmächtigten gehörenden Reisenden entnehmen, R. 1. 44 (150); 9. 31 (104); 15. 111 (406); Z. 14. 519 (Wiesb. 66); Bu. 18. 387 (Dresden 68); 36. 175 (A.G. Leipzig 76).

Digitized by Google

ziehung bezw. Kreditirung des Kaufpreises auf einer Geschäftsreise befunden haben.[20]) Die Ermächtigung erstreckt sich ferner nur auf die vom Reisenden selbst geschlossenen Verkäufe[21]) und kann vom Prinzipal eingeschränkt oder aufgehoben werden, wie z. B. wenn in der Faktur direkte Einsendung des Kaufpreises verlangt wird.[22]) Andererseits will das Gesetz, indem es die Ermächtigung der Reisenden in dem erwähnten Umfang ausdrücklich anerkennt, nicht das äußerste Maß der ihnen zustehenden Vertretungsbefugniß festsetzen.[23]) Ob und welche weitere Befugnisse außer den im Gesetz hervorgehobenen ihnen zustehen, ist nach den für Handlungsbevollmächtigte geltenden Grundsätzen zu entscheiden.[24])

---

[20]) Stadtreisende fallen nicht unter den Art. 49; v. Völdernd. S. 363. Wohl aber Handlungsgehülfen, die im Auftrag des Prinzipals Jahrmärkte bereisen, Seu. 12. 237.

[21]) R. 4. 59 (294); 6. 90 (400); 15. 111 (406); Z. 14. 515 (Nürnb. 66); Bu. 10. 450 (Dresden 66); v. Hahn und v. Völdernd. zu d. Art. — Hieraus ergiebt sich zugleich, daß es dem Handlungsreisenden nicht zusteht, generelle Vereinbarungen in Betreff der Zahlungsmodalitäten, auch für künftige Geschäfte zu treffen. Wenigstens läßt sich eine solche Befugniß nicht aus Art. 49 herleiten, Z. 21. 539 (Nürnb. 68).

[22]) Cl. u. A. 2. 184, 188; 3. 278.

[23]) Auch hinsichtlich des Umfanges der dem Handlungsreisenden zustehenden Befugnisse ist Art. 49 nicht ausschließend zu interpretiren; neben Art. 49 werden dieselben durch Art. 47 regulirt. Ist hiernach dem Handlungsreisenden unter Umständen eine weiter gehende Vertretungsbefugniß zuzugestehen (s. folg. Anm.), so ist doch andererseits auch seine Befugniß zum Abschluß von Verkäufen sowie zur Bewilligung von Zahlungsfristen an das Maß des Gewöhnlichen gebunden. Daher kann z. B. der Musterreisende keine Bestellungen auf den von ihm geführten Mustern nicht entsprechende Waaren annehmen, Cl. u. A. 1. 37. Bewilligung einer ungewöhnlichen Zahlungsfrist Cl. u. A. 3. 353.

[24]) Zur Kasuistik: Der Handlungsreisende kann zwar kleine Differenzen ausgleichen, aber nicht einen irgendwie erheblichen Erlaß bewilligen, überhaupt nicht Rechte des Prinzipals aufgeben, R. 7. 31 (115); Bu. 7. 355, 357 (Nürnb. 65); 16. 79 (Eisen. 79); Z. 14. 518 (Dresd. 68); daher auch nicht mit verbindlicher Kraft für den Prinzipal eine einen Verzicht enthaltende Generalquittung ausstellen, Z. 11. 150 (Dresd. 66). Novation gehört in der Regel nicht zu den Befugnissen des Handlungsreisenden, Annahme an Zahlungsstatt nur, wenn und insoweit sie bei derartigen Geschäften gewöhnlich ist, R. 13. 99 (296); Cl. u. A. 3. 437; Bu. 15. 104 (Nürnb. 67). Der Reisende ist nicht befugt, vom Prinzipal geschlossene Geschäfte rückgängig zu machen, Cl. u. A. 2. 179; ebensowenig die von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte, nachdem sie vom Prinzipal erfüllt oder auch nur an denselben einberichtet sind, R. 7. 31 (115); Bu. 8. 201; 13. 277 (A.G. Eisen.). Er hat demnach nicht die Befugniß, die vom Prinzipal gelieferten Waaren zurückzunehmen oder

Digitized by Google

2) Wer in einem Laden, einem offenen Magazin oder Waarenlager angestellt ist, gilt für ermächtigt, die daselbst gewöhnlichen Verkäufe oder Empfangnahmen vorzunehmen.[25]) Angestellt im Sinn dieser Bestimmung ist jeder, der sich in einer der gedachten Lokalitäten in einer Stellung befindet, die geeignet ist, die Annahme zu begründen, daß er berufsmäßig daselbst thätig ist.[26]) Unter den im Gesetz benannten Lokalitäten sind alle dem Publikum geöffneten Geschäftsräume zu verstehen, in denen Verkäufe und Empfangnahmen stattzufinden pflegen.[27]) Unter welchen Voraussetzungen dieselben als in einem derartigen Lokal gewöhnliche zu betrachten sind, läßt sich wiederum nur im konkreten Fall mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des einzelnen Geschäfts oder der Geschäftslokalitäten selbst be-

---

einen von vorn herein fest abgeschlossenen Kauf nachträglich in einen Kauf auf Probe umzuwandeln, Bu. 21. 326 (Nürnb. 69). Abweichend mit Berufung auf die sächs. Praxis Bu. 11. 459 (A.G. Zwickau), auch Z. 21. 542 (München 71). — Verschieden hiervon ist die zu bejahende Frage, ob Dispositionsstellungen dem Handlungsreisenden gültig erklärt werden können, insbesondere ob bei den von einem anderen Ort übersandten Waaren die im Art. 347 vorgeschriebene Mängelanzeige gültig an den Handlungsreisenden erfolgen kann; vgl. hierüber R. 14. 49 (155); Bu. 2. 65; 4. 453; 8. 199; 15. 320; Z. 11. 149; 21. 540. Soweit die Vertretungsbefugniß des Handlungsreisenden reicht, wird der Prinzipal nach Maßgabe der von dem Reisenden in seinem Namen geschlossenen Geschäfte berechtigt und verpflichtet. Etwaige Unrichtigkeiten des dem Prinzipal eingesandten Berichts sind für den Dritten unerheblich, R. 23. 115 (352).

[25]) Art. 50; hierzu v. Hahn und v. Völdernd.; Thöl S. 197, 205, 226; Wendt a. a. O. S. 292; früheres Recht Pr. L.R. II. 8. § 546 ff.; Badisches H.G.B. Art. 7. d. e.

[26]) Nicht blos Handlungsgehülfen, wie nach der ursprünglichen Fassung von Pr., gehören zu den Angestellten im Sinn des Art. 50, sondern auch Werkführer, Ladendiener, Personen, die nur vorübergehend in einer der bezeichneten Lokalitäten thätig sind. Auch Anwesenheit mit Wissen und Willen des Prinzipals ist nicht unbedingt erforderlich, es genügt der äußere Schein des Angestelltseins, R. 3. 51 (229); Cl. u. A. 2. 154; Z. 2. 402 (Gießen 58); 11. 156 (auch Bu. 7. 421); Z. 21. 552 (Dresd.); 14. 525 (Stadtg. Frankf. 69); Bu. 36. 176; 39. 195 (A.G. Leipzig).

[27]) Die in 1. Les. beantragte Erwähnung des Komptoirs neben den im Art. 50 genannten Lokalitäten wurde von den kaufmännischen Mitgliedern der K.C. für bedenklich erklärt und deshalb abgelehnt, Prot. 97. Damit ist aber nur die Anwendbarkeit des Art. 50 auf alle Komptoirs verneint, nicht auf solche, in denen Aushändigungen und Empfangnahmen zu geschehen pflegen, R. 3. 51 (229); 12. 11 (38); Z. 11. 156; Bu. 7. 421 (Dresd. 64); 17. 192 (O.Tr. Berl. 66). Analoge Anwendung des Art. 50 R. 20. 37 (122); Z. 11. 159 (Dresd. 64). Anwendbarkeit des Art. 50 im bürgerlichen Recht Z. 21. 552.

Digitized by Google

stimmen.[28]) Der Prinzipal kann auch in diesem Fall die präsumtive Vollmacht ausschließen oder einschränken, nur muß dies in einer dem Publikum erkennbaren Weise (regelmäßig durch Anschlag in oder vor dem Geschäftslokal) geschehen.[29])

3) Der Ueberbringer einer Quittung gilt als ermächtigt zum Zahlungsempfang. Der Annahme einer solchen Ermächtigung können im einzelnen Fall besondere Umstände entgegenstehen; dieselben wirken aber nur, wenn sie dem Zahlenden bekannt gewesen sind.[30]) Wer

---

[28]) Ueber die hierbei in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse v. Hahn und v. Völdernd. Mit Unrecht bestreitet letzterer, daß auch die Zeit, in welcher die betr. Geschäfte vorgenommen werden, mit zu berücksichtigen ist. Oertliche Begrenzung Z. 11. 163 (O.Tr. Berl. 66). Abschluß von Lieferungsverträgen Z. 11. 164 (Nürnb. 66); Bu. 36. 176 (A.G. Leipzig 76). Andere hierher gehörige Entscheidungen Cl. u. A. 2. 154; Z. 2. 401, 402 (Dresd. 57, Gießen 58); Z. 14. 525 (Frankf. 69); Bu. 7. 444 f. (A.G. Leipzig 76). Die Gewöhnlichkeit entscheidet auch darüber, ob und in welchem Umfange der Angestellte auf Kredit verkaufen darf.

[29]) Ueber die Bedeutung derartiger Anschläge oben S. 227 f., v. Hahn zu d. Art. § 10; Laband Z. 10. 222; abweichend v. Völdernd. S. 379. Der Anschlag muß den Willen des Prinzipals, die Vollmacht der Angestellten einzuschränken, in bestimmter Weise zum Ausdruck bringen. v. Völdernd. ist darin Recht zu geben, daß die Aufschrift: feste Preise in der Regel nicht als eine derartige Erklärung anzusehen sein wird. Eher wird eine solche in dem Anheften eines Preiskourants zu finden sein. Auch in dieser Hinsicht kommt schließlich Alles auf die Würdigung des einzelnen Falles an.

[30]) Art. 296. Die Bestimmung bezieht sich auf alle Zahlungen aus Handelsgeschäften, findet also auch auf einseitige Handelsgeschäfte Anwendung. Dem Ueberbringer eines quittirten Wechsels kann demnach auch dann gezahlt werden, wenn er nicht nach Art. 36 W.O. legitimirt sein sollte. — Eine ähnliche Bestimmung enthält das Pr. L.R. I. 13 § 130. Gemeines Recht: Sintenis Civilrecht II. 103 Anm. 46; Bähr in Iher. Jahrb. Bd. 14 S. 414. Erweiterte Anwendbarkeit des Art. 296 nach einzelnen E.gesetzen Zus. zu § 55. Erforderlich ist eine wirkliche Quittung, dem Ueberbringer eines Blanketts steht die Ermächtigung zum Zahlungsempfang nicht ohne Weiteres zu R. 11. 13 (32). Ebenso ist Rechtsgültigkeit und Echtheit der Quittung nothwendig (Ob.L.G. Stuttg. 80), Württemb. Arch. 21. 215. Art. 296 überhebt unter den gedachten Voraussetzungen den Zahlenden der Pflicht, die Berechtigung des Quittungsüberbringers zum Zahlungsempfang zu prüfen; aber nur zum Empfang der Zahlung, und zwar nach Maßgabe der Quittung, ist der Ueberbringer auf Grund des Art. 296 befugt, seine Ermächtigung geht, wenn er nicht etwa aus anderen Gründen eine weiterreichende Vollmacht hat, weder auf Annahme an Zahlungsstatt, noch auf die Annahme einer anderen als der quittirten Zahlung, Z. 7. 609. Ausgeschlossen wird die Ermächtigung nur durch Thatsachen, welche dem Zahlenden bekannt sind. Das Kennenmüssen steht in diesem Fall der positiven Kenntniß nicht gleich; es genügt aber die

Digitized by Google

Waaren und eine unquittirte Rechnung, sei es eines von beiden oder beides, überbringt, ist deshalb noch nicht ermächtigt, Zahlung in Empfang zu nehmen.[31])

§ 54.

3) Andere Vollmachten zu Handelsgeschäften.

Auf die Vollmachten zu Handelsgeschäften, die nicht kaufmännische Vollmachten im engeren Sinn (§ 47) sind, finden die allgemeinen Grundsätze über Stellvertretung (§ 48), außerdem, wenn das Rechtsverhältniß zwischen Bevollmächtigtem und Machtgeber ein Handelsgeschäft ist, die allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte, sonst wenigstens diejenigen dieser Bestimmungen Anwendung, die auch für präparatorische Willenserklärungen bei Handelsgeschäften Geltung haben. Sofern diese Bestimmungen nicht ausreichen, ist auf die Handelsgebräuche und eventuell auf das bürgerliche Recht zurückzugehen.[1]) In Bezug auf das Vorhandensein und den Umfang der Vertretungsbefugniß enthält das H.G.B. für diese Vollmachten weder absolute Vorschriften, noch, mit alleiniger Ausnahme der auch hier anwendbaren Bestimmung, daß der Quittungsempfänger als ermächtigt zum Zahlungsempfang gilt, dispositive Regeln. Das Maß der durch dieselben begründeten Vertretungsbefugniß ist daher ohne Zuhülfenahme der für Handlungsvollmachten geltenden Grundsätze im konkreten Fall festzustellen. Haben sie einen generellen Inhalt, so ist nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen auch bei ihnen im Zweifel anzunehmen, daß die Ermächtigung sich auf alle Handlungen erstreckt, die gewöhnlich als zu der betreffenden Gattung von Handlungen gehörig betrachtet werden.[2]) Solche Vollmachten

---

Kenntniß solcher Thatsachen, die einen Zweifel an der Legitimation des Ueberbringers zu begründen geeignet sind.

[31]) Art. 51. In Pr. bildeten die unseren Art. 51 und 296 entsprechenden Bestimmungen einen einzigen Artikel, bezogen sich aber nur auf Handlungsgehülfen, v. Hahn a. a. O., auch Zus. zu § 55. Die Ermächtigung folgt nach Art. 51 weder aus dem Ueberbringen von Waaren oder Rechnung, noch von beiden, kann aber für den Ueberbringer derselben durch andere Umstände begründet sein.

[1]) Ausdrücklich auf die obigen Vollmachten beziehen sich nur Art. 296, 297 und 298. Von den allgemeinen Bestimmungen im ersten Titel des vierten Buches kommen hier namentlich Art. 278, 279 und 317, für das Auftragsverhältniß auch Art. 323 in Betracht.

[2]) Für die Feststellung des Umfanges der Vertretungsbefugniß sind die in der vor. Anm. citirten Art. 278, 279 und 317 bedeutend. Die Vorschriften einer ausdrücklichen Vollmacht für gewisse Rechtshandlungen, die sich im bürgerlichen

Digitized by Google

sind daher den Handlungsvollmachten für gewisse Arten von Geschäften nahe verwandt.

§ 55.
4) Agent.[1])

I. Der Ausdruck Agent hat weder gesetzlich, noch im Sprachgebrauch des Handelsverkehrs eine bestimmt feststehende Bedeutung.[2]) Er umfaßt alle Personen, die geschäftliche Angelegenheiten für Andere betreiben, kann also ebensowohl einen Vermittler wie den Stellvertreter beim Geschäftsabschluß, wie auch einen Kommissionär bedeuten.[3]) Die Bezeichnung wird ferner sowohl für solche gebraucht, die zu einem oder mehreren Auftraggebern in dauernde Beziehungen getreten sind, wie für diejenigen, die sich allgemein dem Publikum gegenüber zu derartigen Dienstleistungen erboten haben.[4]) Vermittler

---

Recht finden, sind nach Art. 317, die sonstigen Auslegungsregeln des bürgerlichen Rechts nach Art. 278 und 279 auf die Vollmachten zu Handelsgeschäften unanwendbar. Die Handelsgebräuche sind als Interpretationsmittel für die Willenserklärung des Machtgebers zu berücksichtigen, ihre Anwendbarkeit ist daher nicht an die Erfordernisse der eigentlichen Handelsgebräuche gebunden. Einzelne Fälle Z. 7. 588; 21. 556; s. auch folg. §. (Die Note zu Z. 21. 556 enthält eine ungerechtfertigte Rüge der dort mitgetheilten Entsch.)

[1]) Literatur: Pöhls 1 S. 249; Brinckmann § 107 S. 390; Go. I S. 634 ff., v. Hahn S. 227; v. Völdernd. S. 302; Wolff in Malß Zeitschr. für Versicher.recht I S. 209 ff., Z. 13. 68 (Malß); Bu. 4. 1 (Gotter); 29. 194 (Bezold); Centralorgan N. F. V. 30 und Bu. 30. 21 (Meier); Gruchot 13. 386 (Eyber).

[2]) Auf der N. C. wurde der Versuch gemacht, Begriff und Vertretungsbefugniß der Agenten gesetzlich festzustellen; die in 1. Les. beschlossene, übrigens wenig besagende Bestimmung aber schon in 2. Les. wieder gestrichen, Prot. 88, 103 f., 963.

[3]) Ueber die Mehrdeutigkeit des Wortes Agent vgl. außer den in der vor. Anm. angef. Stellen der Prot. sowie Go., v. Hahn, v. Völdernd., Brinckmann a. a. O. besonders R. 2. 71 (303); 10. 82 (361); 19. 21 (66); 21. 100 (310); Z. 11. 159 (Dresden 65); Bu. 8. 2 ff.; 11. 229; 12. 242 (O.Tr. Berlin 67); 22. 251 (Dresden 69); 25. 275 (Mannh. 71). Zusammentreffen mehrerer der vorgedachten Funktionen in derselben Person R. 13. 71 (211); Bu. 19. 13 (H.G. Mannh. 68). Im Sinn von Kommissionär wird der Ausdruck Agent gegenwärtig allerdings nur selten gebraucht, Bu. 37. 344 (A.sen. Mannh. 77); vgl. aber doch auch R. 14. 135 (427); Z. 11. 159; 14. 521 (O.Tr. Stuttg. 67). Nicht viel bestimmter als Agent ist die Bezeichnung Vertreter, R. 13. 101 (304).

[4]) Die Agenten der ersten Art haben, wenn ihnen Vertretungsbefugniß zusteht, immer eine generelle Vollmacht. Vorzugsweise gehören dahin die ständigen Agenten auswärtiger Handlungshäuser: Platzagenten, Repräsentanten, représen-

Digitized by Google

und Stellvertreter können endlich, was hiermit nicht ganz zusammenfällt, sowohl selbständige Gewerbtreibende, mithin Kaufleute im Sinn des H.G.B.'s, wie Gehülfen eines anderen Kaufmannes sein.[5]) Treten sie in einer Gehülfenstellung auf,[6]) so bestimmt sich ihre Vertretungsbefugniß nach den für Handlungsbevollmächtigte geltenden Grundsätzen. Hier kommen nur die selbständigen Agenten in Betracht.

II. Aus den verschiedenen Bedeutungen des Wortes ergiebt sich, daß sich, auch wenn man an der zuletzt gedachten Beschränkung festhält, doch keine gemeinsamen, auf alle Klassen der Agenten anwendbaren Rechtssätze aufstellen lassen. Daraus, daß Jemand sich als Agent bezeichnet oder von einem Handlungshaus als sein Agent bezeichnet wird, ist nicht auf eine bestimmte rechtliche Stellung desselben zu schließen. Vielmehr ist der Sinn dieser Bezeichnung in jedem einzelnen Fall zu ermitteln. Im konkreten Fall ist zu prüfen, nicht nur in welchem Umfang, sondern ob dem Agenten überhaupt Vertretungsbefugniß zusteht. Gesetzliche Präsumtionen bestehen in dieser Hinsicht nicht.[7]) Nur da, wo nach Handelsgebrauch eine gewisse

---

tants de commerce (oben § 52 Anm. 6), aber auch die reisenden Agenten, unten zu Anm. 48. Agenten der zweiten Art sind namentlich die Inhaber von Agentur- und Geschäftsbureaux (entreprises d'agences, bureaux d'affaires, Co. 632[4], oben S. 128). Auch sie können in dauernde Beziehungen zu einzelnen Personen treten.

[5]) Oben § 44.

[6]) Oben § 53 Anm. 5. Ist ein ständig außerhalb der Hauptniederlassung thätiger Agent Gehülfe des von ihm vertretenen Handlungshauses, so liegt immer auch eine Zweigniederlassung vor; dagegen ist der umgekehrte Schluß nicht unbedingt gerechtfertigt. Kaufleute im Sinn des H.G.B.'s sind die selbständigen Agenten nur dann, wenn sich ihre gewerbmäßige Thätigkeit auf die Vermittelung oder den Abschluß von Handelsgeschäften erstreckt, oben § 27 S. 123 f.

[7]) Die Bezeichnung Agent enthält mithin, genau genommen, eine Warnung für den Dritten, eine Vertretungsbefugniß des so Bezeichneten nicht ohne sorgfältige Prüfung anzunehmen; vgl. im Allgemeinen R. 2. 71 (303); 5. 10 (40); 5. 37 (169); 7. 23 (90); 13. 101 (304); 15. 77 (272); 19. 26 (86); 22. 87 (373); Z. 9. 137; 11. 161 (Dresden 63. 65); Bu. 19. 9; 22. 250 (Dresden 69); 25. 275; 36. 175. Speciell darüber, daß ihm ohne besondere, bezw. aus den Umständen zu entnehmende Ermächtigung keine Befugniß zum Zahlungsempfang zusteht, R. 1. 44 (150); 2. 71 (303); 9. 31 (104); 13. 71 (211); 19. 42 (124); — (bezüglich der Umstände, aus denen diese Ermächtigung bei dem Verkaufsagenten zu folgern ist, stimmen die gedachten Entscheidungen nicht mit einander überein); Cl. u. A. 2. 149; 3. 34$\frac{1}{4}$; Z. 1. 159 (Celle 57); 2. 405 (Hamb. 58); 8. 198 (Nürnb. 64); 9. 137 (Dresden 63); 14. 520 (Mannh. 66); 21. 550 (Stuttg. 71); 21. 551 (Augsb. 74); Bu. 18. 387 (Dresd. 68); 19. 6 (Mannh. 67); 26. 207

Digitized by Google

Vertretungsbefugniß der Agenten begründet ist, darf der Dritte dieselbe als vorhanden ansehen, so lange sie nicht in erkennbarer Weise eingeschränkt oder ausgeschlossen ist.[8])

Die Ermächtigung der Agenten kann sich, wie alle handelsrechtlichen Vollmachten, auch auf eine stillschweigende Willenserklärung stützen. In Betreff der Voraussetzungen einer solchen gilt das früher Bemerkte.[9]) Hiernach wird dieselbe in der Regel anzunehmen sein, wenn der Vertretene es wissentlich und ohne Einspruch zu erheben hat geschehen lassen, daß der Agent sich als sein Vertreter gerirt, noch mehr dann, wenn er in einer Reihe gleichartiger Fälle die Handlungen des Vertreters ratihabirt hat.[10])

Soweit die Vertretungsbefugniß des Agenten reicht, haben die von ihm entweder ausdrücklich im Namen des Vertretenen oder mit erkennbarer Beziehung auf denselben vorgenommenen Handlungen die vollen Wirkungen der Stellvertretung.[11]) Auch der lediglich zur

---

(München 71); 39. 193 (A.G. Zwickau 77); abweichend eine vor der Geltung des H.G.B.'s ergangene, auf b. G.B. 1030 Bezug nehmende Entsch. des österr. ob. Ger.h., Z. 7. 607. — Nach einem allgemeinen Handelsgebrauch ist der zu Verkaufsabschlüssen ermächtigte (nicht aber der blos mit der Vermittelung von Verkäufen oder der Entgegennahme von Offerten beauftragte) Agent auch befugt, Dispositionsstellungen mit verbindlicher Kraft für sein Handlungshaus entgegenzunehmen, dagegen nicht durch Genehmigung derselben den abgeschlossenen Kauf rückgängig zu machen, R. 5. 24 (106); 6. 74 (330); 12. 2 (8); 15. 77 (272); 17. 39 (171); Cl. u. A. 2. 179; Bu. 5. 466; Z. 17. 248 (Dresden 68); Gareis Stellen z. Dispos. S. 90; v. Völdernd. Komm. S. 306; Wolf, Bu. 15. 322; Meier ebendas. 30. 21. Mängelanzeige seitens des Agenten des Käufers R. 15. 62 (216). — Erlaß, Vergleich, Fristbewilligung R. 5. 10 (40); Z. 9. 137 (Dresden 63); Bu. 11. 329; 12. 241 (O.Tr. Berlin 67). Anerkenntniß R. 9. 103 (353). Ertheilung besonderer Zusicherungen R. 9. 107 (377); 9. 108 (386); 14. 117 (380); 16. 31 (104). Befugniß zur Prozeßführung Anm. 13.

[8]) Ein Beispiel ist der in vor. Anm. erwähnte Handelsgebrauch in Betreff der Entgegennahme von Dispositionsstellungen. Solche Handelsgebräuche bilden sich namentlich in den Geschäftszweigen leicht aus, in denen Agenten regelmäßig verwendet werden, wie besonders im Versicherungsgeschäft, R. 2. 57 (242); 7. 99 (371); 7. 109 (424); 9. 107, 108.

[9]) Oben § 49 Anm. 15.

[10]) Stillschweigende Ermächtigung des Agenten zum Zahlungsempfang § 49[15], auch vorstehend Anm. 7. Liegen Thatsachen vor, aus denen eine stillschweigende Ermächtigung zu entnehmen ist, so bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung, um sie im einzelnen Fall auszuschließen. Die Bestimmung in der Faktur: „Zahlung in drei Monaten. Akzept netto" ist keine die Ermächtigung zum Zahlungsempfang ausschließende Erklärung, R. 9. 31 (100).

[11]) Z. 11. 163; 14. 514 (Nürnb. 65, 66); 14. 521 (Stuttg. 67).

Digitized by Google

Entgegennahme von Vertragsofferten ermächtigte Agent ist insoweit Stellvertreter, daß die ihm gemachten Offerten ihre Wirkung unmittelbar in der Person des Vertretenen äußern.[12])

Eine Haftung des in fremdem Namen handelnden Agenten Dritten gegenüber ist, sofern nicht der Fall des Art. 55 vorliegt, nur anzunehmen, wenn sie besonders übernommen ist.[13])

III. Das Rechtsverhältniß zwischen Agenten und Vertretenen beruht regelmäßig auf einem zweiseitigen Vertrag, dem Agentur-

---

[12]) Der Vertretene kann die dem Agenten gemachte Offerte auch ohne Kenntniß ihres Inhalts akzeptiren, R. 15. 19 (46). Auch sonst ist die Kenntniß von Thatsachen, die dem Agenten in der Eigenschaft als Vertreter bekannt geworden sind oder bekannt sein mußten, dem Vertretenen zuzurechnen. Anwendungen hiervon: Dispositionsstellung an den Agenten, oben Anm. 7. Bei Nichtlieferung der Ladung durch den Agenten des Befrachters bedarf es nicht der Anzeige an den Befrachter, die nach Art. 578 für den Fall der Nichtlieferung durch einen dritten Ablader vorgeschrieben ist, R. 7. 38 (146). Anzeige an den Agenten der Versicherungsgesellschaft Behufs Ausübung des Vorversicherungsrechts, R. 2. 57 (242). Kenntniß von Thatsachen, die für den Abschluß des Versicherungsvertrages erheblich sind, seitens des Agenten, R. 6. 95 (423) Z. 13. 68 (Malß); Bu. 28. 70 und die das. Angeff. Daraus, daß die dem Agenten gemachten Angaben als der Gesellschaft gegenüber geschehen angesehen werden, folgt aber weder, daß derselbe berechtigt ist, Erklärungen Namens des Versicherten der Gesellschaft gegenüber abzugeben, noch daß er verpflichtet ist, die Richtigkeit derartiger Angaben zu prüfen, R. 8. 14 (57); 6. 95 (423). Der Versicherungsnehmer hat daher die Beantwortung der Fragen in dem von ihm unterzeichneten Fragebogen der Gesellschaft gegenüber auch dann zu vertreten, wenn die Ausfüllung durch den Agenten bewirkt ist, R. 17. 6 (23); 8. 14 (55). Wohl aber können Aufklärungen und Belehrungen des Agenten sowohl in Betreff der gestellten Fragen wie hinsichtlich der Schadensberechnung der Gesellschaft präjudicirlich sein, R. 7. 109 (424); 7. 99 (372). — Nicht im Widerspruch mit dem Wesen der Stellvertretung steht es, daß der Agent eine den Versicherungsantrag akzeptirende Erklärung der Gesellschaft Namens des Versicherten entgegennehmen kann, R. 5. 27 (114 f.), oben § 49[3].

[13]) Klagen auf Erfüllung sind daher nicht gegen den Agenten, sondern gegen den Vertretenen zu richten. Letzterer ist Prozeßpartei. Der Agent als solcher ist auch ohne besondere Vollmacht nicht zur Vertretung im Prozeß legitimirt. Die Ermächtigung, Ladungen und gerichtliche Verfügungen für den Vertretenen entgegenzunehmen, die bei Generalagenten auswärtiger Versicherungsgesellschaften häufig auf gesetzlicher Vorschrift beruht, berechtigt noch nicht zur Annahme einer weiter gehenden Prozeßvollmacht, Z. 8. 603 (Dresd. 63), R. 2. 59 (262); 21. 69 (224). Anderer Ansicht ist in Betreff der Generalagenten Bu. 19. 5. Die zuerst geb. Entsch. läßt es dahin gestellt, ob der Agent insoweit persönlich haftet, als er sich im Besitz von Mitteln befindet, die zur Befriedigung des Klägers geeignet sind; vgl. auch Z. 8. 143 (Hamb. 68). Dies steht indeß mit dem Prinzip der freien Stellvertretung nicht im Einklang, oben § 49 Anm. 2.

Digitized by Google

vertrag[14]), der, wenn der Vertretene Kaufmann ist, ein zweiseitiges, sonst ein einseitiges Handelsgeschäft ist. Auch ohne besondere Abrede gehört es zu den Verpflichtungen des Agenten[15]), bei Auswahl der Personen, mit denen geschäftliche Beziehungen anzuknüpfen sind, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu beobachten, insbesondere, wenn ihnen Kredit gewährt werden soll, ihre Kreditwürdigkeit zu prüfen. Diese Verpflichtung hat nicht blos der zum Vertragsschluß, sondern auch der nur zur Entgegennahme von Offerten ermächtigte Agent.[16]) Dagegen findet eine unbedingte Haftung des Agenten für die Solvenz des Dritten nur statt, wenn er das del credere übernommen hat oder nach Handelsgebrauch als del credere stehend zu betrachten ist.[17])

Die Belohnung des Agenten besteht meist in einer Provision von dem Betrag der durch ihn oder unter seiner Mitwirkung abgeschlossenen Geschäfte.[18]) Neben derselben ist ihm bisweilen eine bestimmte

[14]) Der Ausdruck wird vorzugsweise für ein auf längere Dauer berechnetes Verhältniß gebraucht; der Vertrag hat hier regelmäßig den Charakter der Dienstmiethe, R. 2. 77 (331). Sind dagegen nur ein oder mehrere einzelne Geschäfte für die Thätigkeit des Agenten in Aussicht genommen, so wird das Verhältniß zum Vertretenen in der Regel als locatio conductio operis anzusehen sein. — Bestellung von Agenten für Aktiengesellschaften R. 6. 27 (140). Verhältniß des Generalagenten zum Bezirksagenten Bu. 19. 5. Verpflichtung des Agenten zur Rechnungslegung R. 18. 1 (1); 19. 21 (72). Beeinträchtigung der Agentenstellung kann auch durch dritte Personen stattfinden. Es ist, sofern die Beeinträchtigung eine widerrechtliche ist, kein Grund vorhanden, dem Agenten eine Klage zu versagen, die Entsch. in R. 21. 69 (223) ist, insoweit sie dem Agenten die Klagebefugniß abspricht, nicht zu billigen.

[15]) Beispiele besonderer im Agenturvertrag übernommener Verpflichtungen R. 11. 116 (369), 120 (388); 23. 52 (149).

[16]) R. 22. 27 (118). Die Beobachtung der gehörigen Sorgfalt (Art. 282) ist vom Agenten zu beweisen. Seine Haftung erstreckt sich nach Art. 283 nicht blos auf den wirklichen Schaden, sondern auch auf den entgangenen Gewinn; die Höhe des Schadensersatzes ist in Ermangelung bestimmter Anhaltspunkte nach billigem richterlichem Ermessen festzusetzen. Für den Erfolg seiner Erkundigungen hat der nicht del credere stehende Agent nicht zu haften, Z. 2. 404; R. a. a. O. S. 125; dagegen gehört es unter Umständen zu den Verpflichtungen des Agenten, dem Vertretenen auch von nachträglichen Veränderungen in der Kreditfähigkeit des Dritten, namentlich wenn mit letzterem eine dauernde Geschäftsverbindung besteht, Kenntniß zu geben, R. a. a. O. S. 129.

[17]) Das del credere des Agenten enthält stets eine Verbürgung. Unterschied vom del credere des Kommissionärs R. 12. 51 (153), vgl. auch R. 2. 71 (304); 22. 27 (125).

[18]) In Bezug auf das Verhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung ent-

Digitized by Google

Summe zugesichert, entweder als festes Gehalt oder als Mindestbetrag der Provision für eine gewisse Periode seiner Thätigkeit.[19]) Ebenso kommt es vor, daß ihm, sei es als alleinige Vergütung, sei es neben der Provision, eine Tantième am Geschäftsgewinn gewährt wird.[20]) Dagegen ist der lediglich auf ein bestimmtes Gehalt gestellte Agent wohl immer Handlungsgehülfe.[21]) Eine Provision kann der Agent auch fordern, wenn gar kein Abkommen über die Vergütung getroffen ist.[22]) Ihre Höhe ist in Ermangelung einer Vereinbarung nach Handelsgebrauch, eventuell nach billigem Ermessen zu bestimmen.[23]) Der del credere stehende Agent hat im Zweifel hierfür noch eine besondere Vergütung zu beanspruchen.[24]) Verdient ist die Provision, wenn nichts anderes bedungen ist, in dem Zeitpunkt, wo das betreffende Geschäft perfekt geworden ist.[25]) Außer

---

scheiden in Ermangelung besonderer Verabredung die Handelsgebräuche und eventuell das bürgerliche Recht. Nach preußischem und gemeinem Recht kann der in einem dauernden Verhältniß zu einem Handlungshaus stehende Agent vor Berichtigung seines Guthabens nicht zur Fortsetzung seiner Thätigkeit gezwungen werden, R. 6. 27 (144).

[19]) R. 11. 116, 120 (369, 388).

[20]) Ein solcher Agent muß die ihm vom Dritten bewilligte Extraprovision dem Auftraggeber in Rechnung bringen, in allen übrigen Fällen wird durch die vom Dritten zugestandene Provision der Provisionsanspruch des Agenten gegen den Auftraggeber weder ausgeschlossen, noch vermindert, R. 10. 82 (360); vgl. auch 7. 23 (90); Bu. 19. 13, 17 (Mannh. 67). Berechnung der Tantième R. 6. 8 (27).

[21]) Wie der lediglich auf Provision gestellte Vertreter in der Regel nicht Handlungsgehülfe ist, oben § 45[17].

[22]) Art. 290.

[23]) Bu. 19. 15 (Mannh. 68). Ueber den Ort, der als Sitz des Rechtsverhältnisses anzusehen ist, oben § 49[13].

[24]) R. 22. 27 (125).

[25]) Dies ist hier wie bei der Mäklergebühr (Art. 82) die Regel, R. 6. 27 (142); 14. 135 (427); Z. 7. 605; 8. 196 (Lübeck 57, 58); Bu. 22. 251 (Dresd. 69); 23. 6; 36. 280 (Hamb. 69, 75). Bei einem bedingt geschlossenen Kauf steht demnach dem Agenten der Anspruch auf Provision erst nach Eintritt der Bedingung zu, Z. 7. 605. Soll der Anspruch des Agenten von der Effektuirung der durch ihn geschlossenen oder vermittelten Geschäfte abhängig sein, so ist eine besonders dahin gehende Abrede erforderlich. Nur unter dieser Voraussetzung ist z. B. die Verkürzung des Kaufpreises durch Dekort und Skonto, die theilweise Rückgängigmachung des Geschäfts durch Retourwaaren bei Berechnung der Provision mit in Anschlag zu bringen, Z. 7. 606. Ebenso bedarf es einer besonderen Abrede, wenn umgekehrt die Provision schon für die bloße Zuführung von Kunden, auch ohne daß es zu festen Geschäftsabschlüssen kommt, zustehen soll, Bu. 18. 454 (Stuttg. 70);

Digitized by Google

der Provision kann der Agent Erstattung der nothwendig oder nützlich verwendeten, wie aller der Auslagen fordern, denen eine spezielle Anweisung des Auftraggebers zu Grunde liegt.[26]) In Bezug auf die Beendigung des Verhältnisses kommen nächst den Vertragsberedungen die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.[27])

Agenten im vorerwähnten Sinn sind auch die im Umherziehen thätigen s. g. reisenden Agenten (Provisionsreisende). Die Ver-

---

19. 16 ff. (Mannh. 69). In dem regelmäßigen Fall wird die Provision aber doch auch für die in der Zuführung bestimmter Kunden bestehende Thätigkeit des Agenten gewährt, die Forderung hierauf mithin nicht dadurch beseitigt, daß der Prinzipal mit dem ihm durch den Agenten zugeführten Kunden unmittelbar in Verbindung tritt und demnächst den Vertrag mit diesem selbst und ohne Zuziehung von Mittelspersonen abschließt, Z. 8. 196 (O.A.G. Lübeck 58). Dagegen schließt die Uebertragung einer Agentur im Zweifel nicht die Befugniß des Prinzipals aus, neben dem Agenten selbst Gelegenheit zu Geschäftsabschlüssen aufzusuchen oder durch andere Personen aufsuchen zu lassen, Z. 7. 606 (Mannh. 62). Geht der Agenturvertrag dahin, daß dem Agenten in einem gewissen Geschäftsbezirk der Geschäftsbetrieb für das von ihm vertretene Handlungshaus ausschließlich zustehen solle (ständige Agenten im e. S.), so hat er auch von den innerhalb seines Rayons durch andere Personen zu Stande gebrachten oder durch den Prinzipal direkt geschlossenen Geschäften Provision zu beanspruchen, R. 16. 11 (33). Provision kann übrigens der Agent auch dann beanspruchen, wenn er sich selbst dem Prinzipal als Kontrahenten bezeichnet hat und von diesem akzeptirt worden ist, Bu. 36. 280 (Hamb. 75).

[26]) Arg. Art. 371. Zu den zu erstattenden Auslagen gehört auch die Vergütung für Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel des Agenten sowie der Arbeit seiner Leute. Die Verwendung der Auslagen braucht nicht immer speziell nachgewiesen zu werden; es genügt, daß sie nach Art und Umfang der Thätigkeit des Agenten wahrscheinlich ist. Der Anspruch auf Erstattung der Auslagen fällt fort, wenn nach der Abrede der Parteien oder nach Handelsgebrauch der Ersatz hiefür in der Provision mit enthalten sein soll. Nach R. 19. 75 (259) ist dies bei der Verabredung einer bestimmten Provision im Zweifel als die Absicht der Parteien anzusehen. Abgesehen hiervon hat aber der Agent den Ersatzanspruch auch dann, wenn seine Thätigkeit zu keinem Ergebniß geführt hat, R. 14. 135 (430); Z. 8. 197 (österr. ob. Ger. 61); Bu. 19. 16 (Mannh. 68); 23. 6 (Hamb. 70).

[27]) Aufhebung des Agenturverhältnisses durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Agenten R. 2. 98 (436). Willkürliches Rücktrittsrecht des Geschäftsherrn, wenn der Agenturvertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen ist, R. 19. 75 (258), s. aber auch R. 2. 77 (331). Rücktrittsrecht des Agenten wegen Nichterfüllung? R. 6. 27 (144). Ansprüche gegen den Prinzipal bei Widerruf des Auftrages Z. 8. 196 (O.Tr. Berlin 56); oben § 49[23]. Haftung des Agenten nach Auflösung des Verhältnisses Z. 2. 406 (Lübeck 58).

Digitized by Google

tretungsbefugniß derselben ist ebenso wie die der ständigen Agenten im konkreten Fall festzustellen; Art. 49 findet auf sie keine Anwendung. [28])

Gleich dem Ausdruck Agent hat auch das Wort Agentur eine mehrfache Bedeutung. Dasselbe bezeichnet außer der Stellung des Agenten auch die Niederlassung desselben, und zwar sowohl dann, wenn sie ein für sich bestehendes Etablissement bildet, wie wenn sie lediglich eine Zweigniederlassung eines anderen Geschäfts ist. [29]).

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebungen. a) Das französische, holländische und belgische G.B. enthalten keine Bestimmungen, die betr. Lehren sind hier aus dem Civilrecht zu entnehmen. Ueber die französischen agents de change s. Zus. zu §. 59.

b) Spanien 173—95, Portugal 141—62, fast wörtlich mit einander übereinstimmend, beruhen zwar auf dem Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung, sind aber nicht zu einer völlig klaren Anerkennung desselben gelangt. Hervorzuheben ist Folgendes: Der Faktor bedarf einer ausdrücklichen, in das Handelsregister einzutragenden Vollmacht, die, wenn sie keine besonderen Einschränkungen enthält, auf den Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bezogen wird. Er soll im Namen des Prinzipals handeln, bei Unterzeichnung von Urkunden mit Hervorhebung des Vollmachtverhältnisses firmiren. Die vom Faktor namens des Prinzipals eingegangenen Verpflichtungen treffen den letzteren, sie sind in das Vermögen des vom Faktor geleiteten Handlungsetablissements vollstreckbar, in das eigene Vermögen des Faktors insoweit, als dasselbe mit dem des Prinzipals in denselben Räumen (Port. hat statt dessen „ununterscheidbar") vereinigt ist. (de la Serna bemerkt hierzu, daß, wenn in dem betreffenden Etablissement kein Vermögen vorhanden ist, das sonstige Vermögen des Prinzipals in Anspruch genommen werden kann. Danach scheint es fast, als werde nur subsidiär eine persönliche Haftung des Prinzipals angenommen.) Auch die nicht ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossenen Verträge gehen auf Rechnung desselben, wenn sie Gegenstände betreffen, die seinem Gewerbebetrieb angehören, wenn der Faktor auf Anweisung des Prinzipals gehandelt hat oder wenn dieser die Geschäftsführung ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen genehmigt. Sonst wird der Faktor durch die in eigenem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich verpflichtet, doch bleibt dem Gegenkontrahenten immer der Nachweis vorbehalten, daß das Geschäft für Rechnung des Prinzipals geschlossen war; es steht ihm alsdann neben dem Anspruch gegen den Faktor elektiv ein solcher gegen den Prinzipal zu. Fiskalische Strafen, vom Faktor während seiner Geschäftsführung verwirkt, sind ebenfalls in das ihm unterstehende Handlungsvermögen vollstreckbar. Die

---

[28]) Oben § 44[3], § 49[23]; vgl. außer den das. Angeff. Cl. u. A. 3. 344; Z. 7. 605 (Lübeck 57); 7. 606, 607 (Mannh.; österr. ob. Ger. 62); 11. 161, 168 (Dresd., Nürnb. 65); 14. 520 (Mannh. 66); 21. 551 (Augsb. 74).

[29]) Z. 20. 610; Bu. 30. 205 (Nürnb. 72), vgl. auch Z. 7. 600 (Lübeck 60); Bu. 14. 94 (Hamb. 66); R. 17. 67 (313), oben §. 38.

Digitized by Google

Vollmacht des Faktors wird nicht durch den Tod des Prinzipals, wohl aber durch Veräußerung des Handelsgeschäfts aufgehoben. Die vom Faktor nach dem Widerruf, bezw. einer sonstigen Aufhebung der Vollmacht namens des Prinzipals geschlossenen Geschäfte sind gültig, so lange der Faktor keine Kenntniß von der Aufhebung der Vollmacht hatte. (Auf die Kenntniß des Dritten kommt es nicht an.) — Als Faktor wird jeder betrachtet, der ein Handlungs- oder Fabriketablissement für fremde Rechnung zu leiten hat. Im Gegensatz zu demselben stehen die übrigen Handlungsgehülfen, die nur auf Grund besonderer Vollmacht zur Vertretung des Prinzipals ermächtigt sind. Auch solche Vollmachten sind in das Handelsregister einzutragen. Als Beispiele werden die Vollmacht zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und zum Inkasso angeführt. Ist den Geschäftsfreunden die Vollmacht des Handlungsgehülfen durch Circular bekannt gemacht, so sind die gemäß derselben von ihm vorgenommenen Handlungen für den Prinzipal verbindlich. Ermächtigung der mit dem Waarenverkauf in öffentlichen Läden beauftragten Handlungsgehülfen zum Empfang und zur Quittirung des Kaufpreises; bei Detailverkäufen ist diese Ermächtigung ganz allgemein ausgesprochen, für den Großhandel nur unter der Voraussetzung, daß ein Baarverkauf vorliegt und daß sowohl der Verkauf wie die Zahlung im Laden selbst geschieht.

c) Italien. Das frühere G.B. enthielt keine hierher gehörigen Bestimmungen. Aus dem neuen gehört hierher B. 1 Tit. 12 „kaufmännisches Mandat und Kommission". In demselben handelt sect. 2 (art. 367—376) „von Institoren und Repräsentanten". Beide sind generelle nur dem Namen nach von einander verschiedene Handlungsbevollmächtigte. Institoren heißen die zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder eines Zweiges desselben ermächtigten Bevollmächtigten, Repräsentanten die Vertreter fremder Handlungshäuser oder Gesellschaften. Den Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung spricht das Gesetz nur für die vom Vertreter eingegangenen Verpflichtungen aus. Die Vollmacht (il mandato) kann ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt sein. Für die ausdrückliche Vollmacht ist ein bestimmter Publikationsmodus vorgeschrieben: Niederlegung in der Handelsgerichtskanzlei, Eintragung in ein Register, Anschlag im Sitzungssaal, Bekanntmachung im gerichtlichen Anzeigeblatt. Wenn diese Formen nicht beobachtet sind und ebenso im Fall einer stillschweigenden Vollmacht gilt Dritten gegenüber der Bevollmächtigte als zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb des Handelsgewerbes, für welches er bestellt ist, nothwendig mit sich bringt. Einschränkungen der Vollmacht können dem Dritten nur entgegengesetzt werden, wenn er zur Zeit, als er sich mit dem Bevollmächtigten einließ, Kenntniß hiervon hatte. Der Institor soll stets im Namen des Prinzipals handeln, bei Unterschriften seinem Namen den Namen oder die Firma des Prinzipals mit dem Zusatz per procura oder einem andern gleichbedeutenden Zusatz beifügen. Im Unterlassungsfall haftet er persönlich, doch kann, wenn die Geschäfte in den Bereich der gesetzlichen Vollmacht des Institor fallen, auch der Prinzipal in Anspruch genommen werden. Aus den gemäß der Vollmacht abgeschlossenen Geschäften kann der Institor im Namen des Prinzipals klagen und verklagt werden. Er ist solidarisch mit dem Prinzipal für die ordnungsmäßige Führung der Handelsbücher sowie für die Anmeldung der der Registrirung bedürftigen Akte verantwortlich. Eine ausdrückliche Einwilligung des Prinzipals ist erforderlich, wenn der Institor gleichartige Handelsunternehmungen betreiben oder sich an solchen betheiligen will.

Digitized by Google

Beim Zuwiderhandeln haftet er für Schadensersatz; überdies hat der Prinzipal Anspruch auf den aus den verbotswidrigen Geschäften sich ergebenden Vortheil. Die Aufhebung der Vollmacht ist in derselben Weise bekannt zu machen wie die Ertheilung; eine bestimmte Folge der Unterlassung ist nicht angedroht. — An diese Bestimmungen schließt sich sect. 3 (art. 377, 378) von den Handlungsreisenden und sect. 4 (art. 379) von den Handlungsgehülfen. Die Vertretungsbefugniß der ersteren bestimmt sich nach der ihnen auszustellenden schriftlichen Vollmacht; auch sie sollen bei der Abgabe von Unterschriften den Namen des Prinzipals, aber ohne den Zusatz per procura beifügen. — Die Handlungsgehülfen (commessi di negozio) sind ermächtigt, im Geschäftslokal des Prinzipals oder außerhalb desselben im Augenblick der Aushändigung den Kaufpreis der von ihnen veräußerten Waaren in Empfang zu nehmen und namens des Prinzipals hierüber zu quittiren. Dagegen müssen sie, um außerhalb des Geschäftslokals sonstige Forderungen des Prinzipals einzuziehen, eine besondere Vollmacht haben.

d) Ungarn § 37—45, schließt sich dem H.G.B. an. Abgesehen von Fassungsverschiedenheiten bestehen nur folgende Abweichungen: α) die Eintragung in das Handelsregister hat bezüglich des Erlöschens der Prokura weiter gehende Wirkungen als nach dem H.G.B. (hierüber oben S. 242). — β) Die gesetzliche Vollmacht der Handlungsreisenden erstreckt sich nicht blos auf Einziehung und Stundung des Kaufpreises aus den von ihnen geschlossenen Verkäufen, sondern auf Einziehung der Außenstände des Prinzipals überhaupt (§ 45). — γ) Für die im Fall unseres Art. 56 dem Prinzipal zuständigen Befugnisse besteht, in Uebereinstimmung mit dem österr. E.G., oben S. 329, eine dreimonatliche Verjährungsfrist. Die gleiche Bestimmung gilt auch für Handlungsgehülfen (§ 54).

e) Schweiz Art. 422—429. Ebenfalls im Allgemeinen an das H.G.B. sich anschließend, aber mit beträchtlicheren Abweichungen als Ungarn. Hervorzuheben ist: α) Prokuristen können nicht blos von „dem Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Geschäftes", sondern auch zur Betreibung anderer Geschäfte oder „Gewerbe" bestellt werden. In den Fällen der letzteren Art erlangt die Prokura als solche erst durch die Eintragung Wirksamkeit; bis dahin kommen lediglich die allgemeinen Grundsätze über Stellvertretung zur Anwendung. In den Fällen der ersteren Art besteht eine Pflicht zur Eintragung, aber die Wirksamkeit der Prokura ist hiervon nicht abhängig. — β) Die Vollmacht des Prokuristen ist erheblich beschränkter als nach dem H.G.B. und hat überdies keinen absolut feststehenden Inhalt. Er gilt als ermächtigt zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und zu allen Rechtshandlungen, „welche der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Prinzipals mit sich bringen kann", also nicht blos zu den gewöhnlichen Geschäften, wie der Handlungsbevollmächtigte, aber auch nicht zu allen, die im Betrieb irgend eines Handelsgewerbes liegen können. Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist ihm ebenso wie nach dem H.G.B. entzogen, andere Beschränkungen sind gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam. — γ) Vom Prokuristen wird der blos bei kaufmännischen Geschäften vorkommende Handlungsbevollmächtigte unterschieden, mit derselben Vertretungsbefugniß wie im H.G.B. — δ) Es sind keine Vorschriften über die Form der Firmenzeichnung gegeben. Ueblich ist auch in der Schweiz die bei uns Art. 44 und 48 vorgeschriebene Zeichnung. — ε) Unseren Art. 50—55

Digitized by Google

entsprechende Bestimmungen fehlen, zum Theil liefert in dieser Hinsicht der in dem Schweizer. Ges. enthaltene allgemeine Abschn. über Vertragsschließung durch Stellvertreter (Art. 36—49) Ergänzungen. Das Prinzip und die Voraussetzungen der Stellvertretung sind in Art. 36, 37 das. wesentlich ebenso bestimmt wie in unserem Art. 53. Gegen den falsus procurator gewährt Art. 48 einen Anspruch auf Schadensersatz, nicht aber wie unser Art. 55 auf Erfüllung. Vorbedingung des Anspruches ist, daß derjenige, in dessen Namen der falsus procurator gehandelt hat, vom Dritten zu einer Erklärung über seine Genehmigung binnen angemessener Frist aufgefordert ist und sich hierauf entweder ablehnend oder gar nicht erklärt hat; das in unserem Art. 56 enthaltene Verbot ist auf Geschäfte, die zum Geschäftszweig des Prinzipals gehören, eingeschränkt.

f) Aus dem englischen Recht kommt die kasuistisch sehr entwickelte, aber doch andererseits noch in den Anfängen stecken gebliebene Lehre vom principal and agent in Betracht, aus der hier Folgendes hervorzuheben ist. Die übliche Definition lautet: an agent is a person authorised to do some act or acts in the name of another, who is called his principal (Smith, p. 104). Indeß umfaßt der Begriff des agent nicht blos, wie es hiernach scheinen könnte, den direkten Stellvertreter, sondern auch unseren Kommissionär und Mäkler sowie eine Reihe anderer Hülfspersonen, reicht überdies weit über das Handelsrecht hinaus. Die Hauptarten der kaufmännischen A. sind der Faktor und der Mäkler (broker). Der Gegensatz zwischen beiden besteht nach Smith darin, daß der Faktor betraut ist with the possession as well as the disposal of property, während der broker nur die Befugniß hat, to contract about it, without being put in possession. Beide haben eine generelle Ermächtigung, die aber mehr oder weniger eingeschränkt sein kann. Handelt der A. innerhalb seiner Vollmacht Namens des Prinzipals, so findet das Prinzip der direkten Stellvertretung Anwendung. Der Umfang der generellen Vollmacht wird im Wesentlichen ebenso bestimmt wie bei uns: the extent of the agent's authority is to be measured by his usual employment. Ebenso ist für die Wirkung der Stellvertretung erforderlich, daß die Beziehung des Geschäfts auf den Prinzipal ersichtlich sei. Bei Urkunden muß diese Beziehung aus der Urkunde selbst hervorgehen: der A. muß die Urkunde mit dem Namen des Prinzipals, mit der Hinzufügung des eignen Namens, unterzeichnen, oder wenn er selbst als Aussteller figurirt, sich ausdrücklich als Bevollmächtigter zu erkennen geben. Tod des Prinzipals hebt auch die handelsrechtlichen Vollmachten auf; dieser sowie andere Erlöschungsgründe (Widerruf) wirken aber nicht gutgläubigen Dritten gegenüber. Ein bestimmter Modus der Bekanntmachung ist weder für die Errichtung noch für die Aufhebung der kaufmännischen Vollmachten vorgeschrieben; a learned writer, bemerkt Smith p. 122, habe angeregt, daß es zweckmäßig sein dürfte, in der Gazette und durch Cirkuläre hiervon Kenntniß zu geben. Der falsus procurator haftet dem Dritten for his misrepresentation, und zwar, wie es scheint, ebensowohl auf Erfüllung wie auf Schadensersatz. Die Haftung wird auf ein stillschweigendes Versprechen, daß die Vollmacht vorhanden sei, zurückgeführt und tritt ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden des A. ein, gleichviel ob gar keine Vollmacht ertheilt war oder nur eine Ueberschreitung stattgefunden hat. Noch in einem andern Fall wird eine Haftung des A. dem Dritten gegenüber auf Grund eines präsumtiven Versprechens angenommen: wenn ein englischer A. eines fremden Prinzipals mit

Digitized by Google

einem Engländer kontrahirt, wird vermuthet, daß der A. sich selbst habe verpflichten wollen und daß der Dritte in erster Linie den Kredit des A. in's Auge gefaßt habe. Die Vermuthung ist nur eine praesumtio juris. Dem Prinzipal haftet der A. für sorgfältige Ausführung des übernommenen Auftrages; für die Erfüllung seitens des Dritten nur, wenn er das del credere übernommen hat, wodurch aber nach engl. Recht nur eine subsidiäre Verpflichtung begründet wird. Der Anspruch des A. gegen den Prinzipal geht auf die verabredete oder übliche Belohnung (commission) und auf Ersatz der Vorschüsse und Auslagen; zur Sicherung hierfür steht ihm an dem in seiner Hand befindlichen Gut des Prinzipals zwar kein Pfandrecht, aber ein Zurückbehaltungsrecht (lien) zu. Besondere gesetzliche Bestimmungen bestehen zum Schutz gutgläubiger Dritter bei Veräußerungen und Verpfändungen seitens des A.

II. Entwürfe. a) Er. enthält außer der oben § 51 Anm. 8 erwähnten (Tit. 1 Art. 8) keine hierher gehörige Bestimmung. b) W Art. 60—88, z. Th. sich an Pr. L.R. II. 8 § 497—553 anschließend, bezeichnet als generelle Handlungsbevollmächtigte den Handlungsverwalter, d. h. den vom Inhaber bestellten Vorstand einer Handelsniederlassung, den Kassirer, den Prokuraführer — so werden, obwohl auch die Vollmacht des Handlungsverwalters Prokura heißt, diejenigen genannt, die mit der Führung der Handlungsunterschrift für alle oder einzelne Geschäftszweige betraut sind — und die Handlungsreisenden. Die Vollmacht der drei Erstgenannten muß schriftlich ertheilt und in das Handelsregister eingetragen werden. Ebenso Aenderungen und Aufhebung der Vollmacht, letztere ist überdies in öffentlichen Blättern zu publiziren. Gesetzlich vermuthet wird bei den drei erwähnten Arten von Bevollmächtigten die Befugniß zu den gewöhnlich im Bereich der ihnen übertragenen Geschäfte liegenden Handlungen. Einschränkungen müssen aus der Vollmachtsurkunde und aus dem Handelsregister ersichtlich sein. Auch in diesem Fall gelten Vollmachtsüberschreitungen als genehmigt, wenn der Machtgeber nicht binnen 48 Stunden a tempore scientiae erklärt, daß er die Anerkennung verweigere (vgl. Pr. L.R. § 510). Auf Handlungsreisende finden diese Regeln keine Anwendung, auch besteht für sie keine gesetzliche Vermuthung in Bezug auf den Umfang der Vollmacht. Gemeinsam für alle Bevollmächtigte gilt das Prinzip der direkten Stellvertretung mit der Maßgabe, daß der Dritte sich „an das Vermögen der Handelsniederlassung oder auch an den Inhaber halten", letzterer aber verlangen kann, daß die Forderung zuvor der Niederlassung gegenüber gerichtlich festgestellt werde. Hat der Vertreter in eigenem Namen gehandelt, so trifft die eingegangene Verpflichtung ihn persönlich; kann aber der Dritte nachweisen, daß das Geschäft für Rechnung des Prinzipals geschlossen sei, so hat er die Wahl, ob er sich an diesen oder an den Vertreter halten will. Gegen unbekannte Ansprüche Dritter aus der Geschäftsführung des Verwalters, Kassirers und Prokuraführers kann sich der Inhaber durch ein gerichtliches Aufgebot schützen (vgl. Pr. L.R. § 537). Weitere Einzelheiten sind hier zu übergehen; erwähnt mag nur noch werden, daß W auch unsern Art. 48, 56, 50, 51, 296 analoge Vorschriften enthält. — b) Or 125—131 (mit geringen Abweichungen übereinstimmend Om 123—129): Die Ermächtigung, eine Firma vertretungsweise zu führen, heißt Prokura. In Bezug auf die Zeichnung der Firma durch den Vertreter, sowie in Bezug auf das Erforderniß der Anmeldung zur Handelsmatrikel besteht Uebereinstimmung mit dem H.G.B. Ebenso darin, daß die Prokura durch den Tod des Prinzipals

Digitized by Google

nicht aufgehoben wird. Sie gewährt die Befugniß zur Vornahme auch solcher Handlungen, zu denen nach bürgerlichem Recht eine Spezialvollmacht erforderlich ist, mit Ausnahme des Ankaufs, der Veräußerung und Belastung von Grundstücken. Weitere Beschränkungen sind statthaft, müssen aber in der Vollmacht ausdrücklich aufgeführt sein. Neben der Prokura kennt Or noch eine Handlungsvollmacht, die auf thatsächlicher Ueberlassung, sei es der ganzen Geschäftsleitung, sei es der Verwaltung einzelner Geschäftszweige beruht. Eine solche Vollmacht darf der Dritte annehmen, wenn und insoweit er Grund hat, den Vertreter „nach der ihm fortgesetzt gestatteten Schließung solcher Geschäfte“ für legitimirt zu erachten. Doch ist derselbe ohne besondere Vollmacht nicht zur Aufnahme von Darlehen und regelmäßig auch nicht zu Kreditverkäufen befugt. Eine Spezialbestimmung am Schluß des Abschn. entspricht unseren Art. 51, 296. — c) Pr Buch I Tit. 6 „Von den Faktoren“, Art. 39—51. Hervorzuheben sind folgende Abweichungen vom jetzigen Text: Die Ausdrücke: Faktor, Handlungsvorsteher, Prokurist, Disponent werden gleichbedeutend gebraucht zur Bezeichnung dessen, der mit der Betreibung des Handelsgeschäfts im Namen und für Rechnung des Prinzipals betraut ist. Die Prokura ermächtigt zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb des Handelsgeschäftes mit sich bringt; die Ausnahme in Betreff der Veräußerung und Belastung von Grundstücken fehlt. Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen ein Faktor durch unerlaubte Handlungen in Ausführung eines Geschäfts, auf welches sich sein Auftrag erstreckt, einem Dritten zufügt. Beschränkungen der Prokura durch den Prinzipal sind statthaft. Eintragungen in das Handelsregister finden nur statt, wenn die Prokura unter Beschränkungen ertheilt ist, und bei Aufhebung derselben. Die Bestimmung in Betreff des falsus procurator beschränkt sich darauf, daß die gegen den Faktor bei Ueberschreitung seines Auftrages von Dritten geltend zu machenden Rechte nach H.R. zu beurtheilen sind. Die Vollmacht der Handlungsbevollmächtigten wird ähnlich wie in unserem Art. 47[1] begrenzt, und diese Bestimmung außer auf Handlungsreisende auch auf Kassirer für anwendbar erklärt; dagegen fehlen unser Art. 47[2], [3], 49—52; ebenso die Bestimmungen über die Firmenzeichnung durch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte (Art. 44 und 48). Auch unsere Art. 296 und 298 sind nicht vorhanden. In E.I (Art. 41—55) wird bereits die Prokura als unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht der Handlungsvollmacht gegenübergestellt. Unseren Art. 50—52 entsprechende Bestimmungen sind eingeschaltet. Bezüglich des falsus procurator ist der frühere Text beibehalten, aber eine eventuelle Fassung hinzugefügt, nach welcher der falsus procurator so haften soll, wie der angebliche Prinzipal im Fall einer Vollmacht gehaftet haben würde. Die Schlußbestimmung erklärt die Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte nur auf diejenigen Personen für anwendbar, die zu den Machtgebern in einem Dienstverhältniß stehen. In Betreff der Agenten wird auf Handelsgebräuche und das bürgerliche Recht verwiesen mit der Maßgabe, daß auch ihre Vollmacht durch den Tod des Machtgebers nicht erlischt. — Zwischen E.II (Art. 40—55) und dem H.G.B. bestehen, abgesehen von Fassungsverschiedenheiten, nur noch folgende Differenzen: Es fehlen unsere Art. 41[2] und 49. In den unserem Art. 47[2] entsprechenden Bestimmungen wird die Prozeßführung nicht erwähnt. Am Schluß des betr. Art. werden wie in Pr. und E.I neben den Handlungsreisenden auch die Kassirer erwähnt. Die Bestimmung über die

Digitized by Google

Haftung des Prinzipals für die unerlaubten Handlungen des Vertreters ist ebenfalls aus Pr. und E. I übernommen.

III. Einführungsgesetze. a) Eine Reihe derselben zählt die Rechtsverhältnisse des Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten zum Prinzipal sowie die Haftung des falsus procurator auf Grund des Art. 55 unter den Handelssachen auf: Preußen, Holstein, Anhalt-Dessau, Bernburg 2[5], Bayern 63[4], Hessen-Darmst. 37[3]; Elsaß-Lothr. 10[3d]; Oesterr. 39[2]; — vgl. auch G. v. 12. Juni 1869 (Errichtung des R.Ob.H.G.'s) § 13[3d]; G.V.G. § 101[3e]. — b) Vielfach betreffen sie die Anwendbarkeit der Vorschriften über Prokuren auf Minderkaufleute, oben § 36 Zus. III (S. 199 f.). — c) Fakultative Eintragung der Handelsvollmachten in's H.register, oben § 39 Zus. III (S. 250). — d) Nach Oesterr. 8 ist im Verordnungswege zu bestimmen, inwieweit Unternehmungen des Staates den Vorschriften über Prokuren zu unterwerfen sind. Dasselbe folgt aus Würtemb. 18. Die Bestimmung des letzteren E.G.'s über die Vertreter juristischer Personen oben S. 249. — e) Hamburg 9 und Holstein 23 fordern eine besondere Ermächtigung des Prokuristen zur Ertheilung von Konsensen vor den mit der Führung der Eigenthums- und Hypothekenbücher (der Schuld- und Pfandprotokolle) beauftragten Behörden. Diese Bestimmungen sind durch das R.E.G. § 3B. Nr. 3 ausdrücklich aufrecht erhalten. — f) Oesterr. 24 knüpft das Eintrittsrecht des Prinzipals im Fall des Art. 56 (und 59) an eine dreimonatliche Frist a tempore scientiae. — g) Mecklenb. 18 bedroht das Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift des Art. 48, vorbehaltlich der etwa verwirkten kriminellen Strafe, mit einer Geldstrafe bis zu 600 Mark, eventuell mit Gefängniß. — h) Bei weitem die meisten hierher gehörigen Bestimmungen der E.gesetze sind transitorischer Natur. Näheres hierüber bei v. Hahn S. 177 Anm. 4.

Dritter Abschnitt.

Handelsmäkler und Börsen.

1) Die Mäkler.[1]

§. 56.

Begriff und Entwicklung.

I. Vermittlung ist diejenige Thätigkeit, die den Abschluß von Rechtsgeschäften unter dritten Personen herbeiführt. Der Vermittler bewirkt, daß der zum Vertrag gehörige Konsens in der Person der

---

[1]) Straccha de proxenetis (oben S. 58); Marquard Lib. I c. 8; Martens, Heise, Morstadt § 30; Pöhls I § 47—65; Brinckmann § 121; Gad § 20; Endemann H.R. § 163 f.; Gareis § 22; — Laband Ztschr. f. deutsches R. Bd. XX S. 1 ff.; Kuhn Archiv f. prakt. Rechtswiss. Bd. VI S. 221; Römisch Sächs. Ann. N. F. Bd. VII S. 337; Dietzel Arch. f. W.R. Bd. VII S. 294; Verh. des 7. deutsch. Juristentages Bd. I S. 92 ff. (Puscher); Bd. II S. 69 ff., 231 ff. (Albrecht); Rocholl Der M.vertrag de lege fer. bei Gruchot Bd. XX S. 399;

Digitized by Google

Kontrahenten zu Stande kommt.[2]) Seine Einwirkung fällt demnach in das Stadium der dem Vertragsschluß voraufgehenden Erwägungen und Vorbesprechungen; sie findet statt, so lange noch Seitens einer oder beider Parteien kein bindender Vertragswille vorhanden ist. Während dieser Zeit fungirt der Vermittler als Unterhändler, Zwischenträger, Berather (laudator), indem er Gelegenheiten zu Vertragsschlüssen ausfindig macht, für Kontraktlustige die entsprechenden Gegenkontrahenten aufsucht,[3]) Bedenken hinwegräumt, Aufschluß ertheilt, widerstreitende Interessen zur Ausgleichung bringt.[4]) Der Vertrags-

---

Grünhut Das Börsen- und M.recht und seine Neugestaltung in Oesterreich, Ztschr. f. Priv.- u. öff. R. Bd. II S. 535 (hier nach dem S.A. cit.); E. v. Völderndorff Unterhändlerlohn bei nicht zu Stande gekommenem Hauptgeschäft, Mag. f. d. R. Bd. I S. 43; Struck Die Effektenbörse, eine Vergleichung deutscher u. englischer Zustände nebst e. Anh.: Die Entwickelung des Instituts der beeidigten M. in Deutschland im 13. Jahrh. in Schmoller's staats- u. sozialwissensch. Forsch. Bd. V H. 3 1881 (sehr lehrreich, für das M.wesen vielfach aus ungedrucktem Material schöpfend); Goldschmidt Ursprünge des M.rechts. Insbes.: Sensal Z. 28. 115 ff. — Außerdem mehrere Abhandlungen über einzelne Punkte des M.rechts im C.O. und bei Busch, z. Th. in den folgenden Anmerkungen angeführt. — Fremde Literatur: Pard. I no. 121 ss.; Bédarride Comm. livr. I tit. 5, 2me éd. 1883; Bravard Veyrières Traité (éd. Demangeat) II p. 31 ss.; Holtius I bl. 161 vv.; de Wal I bl. 129 vv.; Kist I bl. 123 vv.; Vidari I no. 450 ss.; Smith p. 106 s., 505 s.; Levy Internat. comm. law I p. 139 ss.

[2]) Ueber den Begriff der Vermittlung im Allgemeinen L. 2, 3 D. de proxen. (50. 14); Straccha de proxen. P. I; Marquard I c. 8 No. 51 s.; Pöhls S. 110; Laband S. 2; Römisch S. 339; Kuhn S. 229; Go. I S. 628; Endem. H.R. § 163; v. Hahn S. 248; v. Völdernd. S. 462. Aus der Rechtsprechung besonders R. 4. 86 (413); 7. 28 (106); Z. 8. 175 (Dresd. 63); 8. 181 (Wolfenb. 59); 22. 271 (O.Tr. Berl. 71); Thöl ausgew. Entsch. Nr. 6; Entsch. des O.A.G. Lübeck in Hamb. R.sachen 3. 657; Sächs. Annal. N. F. 7. 74; 9. 437.

[3]) Regelmäßig gehört es zur Aufgabe des Vermittlers, eine zum Vertragsschluß geeignete Person ausfindig zu machen. Der ihm ertheilte Auftrag kann aber auch auf Vermittelung eines Geschäfts mit einer bestimmten Person gerichtet sein, Römisch S. 344; Bu. 9. 144; unrichtig Z. 22. 261 (Wolfenb. 67). Häufig wird zwischen Nachweisen und Zuweisen unterschieden, je nachdem sich die Thätigkeit des Mäklers blos auf das Aufsuchen und Namhaftmachen einer kontraktslustigen Persönlichkeit beschränkt oder den Vertragsschluß herbeiführt, Kuhn S. 231 f. Auch außerhalb des Handelsverkehrs ist der Vermittlungsauftrag, ohne Rücksicht auf die vom Auftraggeber gebrauchten Ausdrücke im Zweifel in letzterem Sinn zu verstehen, sächs. G.B. 1254, unten § 58 Anm. 22.

[4]) Insoweit dies der Fall ist, hat der Vermittler, „unparteiisch zwischen beiden Theilen stehend, im Interesse beider Theile" zu handeln. Bu. 19. 29 (Ob. H.G. Mannh. 69). Unrichtig ist es aber, wenn man in dieser unparteiischen Mittelstellung ein wesentliches Merkmal der Vermittlerthätigkeit erblickt, so die

Digitized by Google

schluß erfolgt nicht durch ihn, sondern durch die Parteien selbst. Wird aber die vermittelnde Thätigkeit so lange fortgesetzt, bis von beiden Seiten ein bindender Vertagswille erklärt ist, so gelangt der Vertrag, wenn unter Gegenwärtigen, normaler Weise im Beisein des Vermittlers, sonst durch zu seinen Händen abgegebene Erklärungen zur Perfektion. In solchen Fällen ist der Vermittler zugleich in der Lage, das Zustandekommen und den Inhalt des Geschäftes zu bezeugen.[5])

Der Vermittler unterscheidet sich dadurch, daß er nicht selbst den Vertrag schließt, sondern die Parteien zum Abschluß bestimmt, ebensowohl vom Kommissionär, der in eigenem, wie vom Stellvertreter, der in fremdem Namen kontrahirt.[6]) Andererseits ist seine Thätigkeit auch verschieden von der eines Vertreters im weiteren Sinn, der Erklärungen Namens eines Anderen abzugeben oder entgegenzunehmen hat; er ist namentlich nicht, gleich dem Boten, blos Uebermittler eines fremden Willens.[7])

II. Die Geschäftsvermittelung ist im Handelsverkehr frühzeitig Gegenstand eines eigenen Gewerbebetriebs geworden.[8]) Das Bedürfniß, welchem der Handel in Bezug auf den Güteraustausch überhaupt entspricht, wird innerhalb der einzelnen Handelszweige durch die ge-

---

angef. Entsch., auch Z. 22. 272. Eine Vermittlung, die vorwiegend im Interesse einer Partei stattfindet, ist weder undenkbar noch unter allen Umständen unzulässig. Letzteres wird sie erst dann, wenn sie ein doloses Verhalten gegen die andere Partei in sich schließt. Kuhn S. 244, Prot. S. 124, 152, unten § 58 Anm. 11 ff.

[5]) Unten S. 396.

[6]) Officium proxenetae est in tractando, non in concludendo, nisi a partibus mandetur, Bald. cit. bei Straccha I. 6. In den angedeuteten Worten liegt zugleich, daß die Funktionen des Vermittlers und Stellvertreters, obwohl begrifflich von einander verschieden, doch in derselben Person zusammentreffen können. — Auch die Franzosen unterscheiden die eigentliche Vermittlung von den weiter gehenden Funktionen des agent de change; erstere besteht nach Béd. 272 darin, à rapprocher les parties et à les aboucher, unten Zus. 1 zu § 59.

[7]) Der Vermittler ist häufig in der Lage, als Bote aufzutreten. Indeß geht die Vermittlerthätigkeit nicht in der des Boten auf. Findet blos ein Ueberbringen von Erklärungen statt, so kann man nicht füglich von einer Vermittlung reden; vgl. die Anm. 1 Angeff.

[8]) Eine geistvolle, aber doch der Nachprüfung bedürftige Skizze der geschichtlichen Entwicklung des Mäklergewerbes giebt Laband S. 13 ff. Hier kann auf diese Prüfung nicht näher eingegangen werden. Bemerkt mag nur werden, daß es schwerlich zutreffend ist, wenn Laband die Eigenschaft der Mäkler als Urkundspersonen zum historischen Ausgangspunkt des ganzen Instituts macht, vgl. auch Struck S. 191 f., unten § 57[1].

Digitized by Google

werbsmäßigen Vermittler ausgefüllt. Im Alterthum war das Vermittlergeschäft, wie es scheint, eine freie, Jedermann zugängliche Thätigkeit,[9]) im Lauf des Mittelalters wurde dasselbe, in Zusammenhang mit der auf den Handel wie auf das Handwerk sich erstreckenden Zunftverfassung zu einem Amt und damit zu einer ausschließlichen, nur bestimmten Personen zustehenden Befugniß.[10]) Nur die angestellten und vereidigten Mäkler waren berechtigt, Geschäfte zu vermitteln; die neben ihnen etwa vorhandenen Privatvermittler übten gleich den unzünftigen Handwerkern einen unerlaubten Gewerbebetrieb, worauf auch die Bezeichnungen Pfuschmäkler, Winkelmäkler, Bönhasen, Beiläufer[11]) hinweisen.

---

[9]) Das Vermittlergewerbe stand bei den Römern in geringem Ansehen, L. 3 D. h. t. (Die gewöhnlich ebenfalls hierfür angef. Stelle bei Horaz Serm. II. 3. 18 s. hat einen andern Sinn.) Auch in neuerer Zeit macht sich eine ähnliche Anschauung geltend. Die gewerbsmäßige Vermittlung wird, wenn nicht geradezu als verächtlich, so doch mindestens als eine die persönliche Zuverlässigkeit gefährdende Thätigkeit betrachtet; Laband S. 13 f., Pöhls S. 110. Diese Anschauung hat unzweifelhaft mit dazu beigetragen, die Befugniß zum Betrieb des Mäklergewerbes von einer Anstellung abhängig zu machen und auch auf den Inhalt der den Mäklern auferlegten Amtspflichten eingewirkt.

[10]) Die Mäkler sind nach älterem Recht die Diener der Kaufmannschaft und werden von dem Vorstand derselben, eventuell von der Obrigkeit angestellt. In einer Ordonnanz Philipp's IV. von 1312 (Béd. 126) wird bestimmt, que nul ne puisse user de courretage sans le congié du mestre du mestier et de son conseil dou lieu, ou de la justice si mestre ni avait et jusques à tant que devant le mestre ou la justice il aurait fait le serment que faire doivent et devront courretiers. Später thaten sich die Mäkler selbst zu Genossenschaften zusammen, die über die Zulassung beschlossen. Aehnlich war die Entwicklung auch in anderen Ländern, namentlich in Deutschland, Laband S. 23. Im Lauf des 18. Jahrhunderts trat, namentlich in Preußen, eine stärkere Einwirkung der Regierung auf die Ernennung der Mäkler hervor, die erst in diesem Jahrhundert wieder auf eine bloße Bestätigung der von den Kaufmannschaften zu treffenden Wahlen beschränkt worden ist, Struck S. 193. — Abzeichen der angestellten M.: Mäklerstock, Pöhls S. 115; silberne Medaille in England.

[11]) Französisch marrons, courtiers marrons. (m. bedeutet einen entlaufenen Negersklaven, Littré s. h. v.) — In Deutschland galt bis zum H.G.B. das Exklusivrecht der Handelsmäkler als eine aus dem Erforderniß der Anstellung sich ergebende Konsequenz, Pöhls S. 116; Laband S. 24, 25; Struck S. 187 ff. Die Anstellung erfolgte entweder für Handelsgeschäfte überhaupt oder für bestimmte Arten derselben. In Hamburg waren die Mäkler nach der M.O. von 1824 zur Vermittlung aller Geschäfte, auch solcher über Immobilien befugt; die Spezialisirung ergab sich nicht aus der Anstellung, machte sich aber im Verkehr von selbst geltend. Andererseits war hier die Vermittlung von Geld- und Wechselgeschäften neben den Mäklern auch den Wechslern gestattet; Pöhls S. 117;

Digitized by Google

Trotz Anstellung und Vereidigung hatten die Mäkler nach gemeinem Prozeß nicht die Glaubwürdigkeit öffentlicher Beamten. Weder kam ihrem Zeugiß die Beweiskraft amtlicher Aussagen zu, noch galten ihre Bücher als öffentliche Urkunden.[12]) Dagegen wurde durch die vorbehaltlose Annahme der Schlußscheine seitens der Parteien sowohl der Abschluß wie der Inhalt der vermittelten Geschäfte bewiesen.[13]) Ein größeres Maß von Glaubwürdigkeit war den Mäklern

---

Er. S. 162. Regelmäßig erstreckte sich die Befugniß der Handelsmäkler nur auf die Vermittlung unter Anwesenden, unten Anm. 31, § 57 Anm. 24; auch wurde ihnen vielfach ein ausschließliches Recht nur bezüglich der Vermittlung unter Kaufleuten zugestanden, Struck S. 200. Die unbefugte Vermittlung war mit Strafen (Geldstrafen, Verlust der Courtage, Unfähigkeit zur Bekleidung des Mäkleramtes) bedroht; nach Hamb. Recht waren nicht nur die Pfuschmäkler, sondern auch diejenigen, die sich ihrer bedienten, strafbar. Einzelne Gesetze, darunter wiederum die Hamb. M.O., erklärten überdies die vermittelten Geschäfte selbst für ungültig. Indeß sind alle diese Bestimmungen nicht im Stande gewesen, der Pfuschmäkelei wirksam entgegen zu treten. Eine Vorschrift, nach welcher die Parteien sich der Mitwirkung eines Mäklers bedienen müssen und nicht direkt mit einander verhandeln können, findet sich m. W. in Deutschland nicht (fremdes Recht s. Zus. I zu § 59), indeß haben es einzelne Gesetze doch für nöthig erachtet, die Statthaftigkeit eines direkten Abschlusses ausdrücklich auszusprechen, Pr. L.R. II. 8 § 1305; Laband S. 24.

[12]) Früher wurde auf Grund von Nov. 90 c. 8 vielfach angenommen, daß Unterhändler nur mit Zustimmung beider Parteien als Zeugen zuzulassen seien, Straccha P.IV qu. 13. Die neuere Praxis war ziemlich einverstanden darüber, daß diese Stelle, die von der Pflicht der mediatores (μεσῖται) zur Zeugnißablegung spricht, wenn sie überhaupt auf Geschäftsvermittler zu beziehen ist, doch den gedachten Satz nicht enthält. Dagegen konnten vom Standpunkt der formalen Beweistheorie die Vermittler, wenn die Perfektion des Geschäftes streitig war, wegen ihres Interesses zur Sache nicht als klassische Zeugen gelten. Anders, wenn blos die Modalitäten eines Geschäftes, dessen Abschluß unbestritten war, in Frage kamen. Dieser Mangel haftete aber auch den vereideten Mäklern an, wenngleich einzelne Gerichtshöfe, z. B. das O.A.G. Lübeck, geneigt waren, ihnen eine höhere Glaubwürdigkeit beizumessen. Galt die eidliche Aussage des Mäklers nicht als einwandsfrei, so war es nur folgerichtig, wenn man auch seinem Buch entweder überhaupt nicht die Kraft eines vollen Beweises gewährte, oder dasselbe nur bezüglich der Modalitäten, nicht bezüglich des Abschlusses der vermittelten Geschäfte für beweiskräftig erachtete; denn certe major fides habenda non est voci mortuae quam his quae viva voce et jurejurando asseruntur, Straccha P.I qu. 14; Laband S. 34 ff., Mot. zu Er. S. 167; v. Völdernd, Komm. zu Art. 77. Seu. 2. 105; 6. 275; 14. 176; 16. 84; 17. 167; 18. 60; 25. 282; Z. 8. 198, 574.

[13]) Pöhls S. 133; Ber. der Hamb. Komm. über Einf. des H.G.B.'s S. 302 f.; Z. 3. 440. Die nicht von den Parteien angenommenen Schlußscheine

Digitized by Google

vielfach partikularrechtlich eingeräumt.[14])

Fehlte ihnen hiernach in dieser Hinsicht die volle Beamtenqualität, so war ihnen doch unter Androhung von Strafen[15]) eine Reihe von Amtspflichten auferlegt. Insbesondere findet sich überall, wo amtlich bestellte Vermittler vorkommen, das Verbot, selbst Handelsgeschäfte zu machen. In neuerer Zeit wird dasselbe regelmäßig durch die Sorge für die Integrität und Unparteilichkeit der Mäkler gerechtfertigt; früher lag ihm zugleich und vielleicht vorwiegend das Bestreben zu Grunde, die Mitglieder der Kaufmannsgilden gegen die Konkurrenz der Mäkler zu schützen.[16])

III. Den hier dargelegten Standpunkt nahm bis zum H.G.B. die Mehrzahl der deutschen Gesetzgebungen ein.[17]) Das H.G.B. hat

---

hatten nach gemeinem Prozeß keine Beweiskraft. Andererseits war auch gemeinrechtlich die Perfektion des Geschäftes nicht von der Annahme der Schlußscheine abhängig. Nach beiden Richtungen finden sich aber häufig partikularrechtliche Abweichungen, Laband S. 41 f.; Struck S. 192, unten § 57 zu Anm. 30.

[14]) Schon Straccha erwähnt leges municipales und consuetudines, durch die eine größere Glaubwürdigkeit der Mäkler und Mäklerbücher begründet sein könne; de proxen. P. IV. qu. 13 no. 33; qu. 14 no. 5. Von neueren Partikularrechten gehört hierher das sächs. G. v. 21. Sept. 1833 § 1 und das österr. Recht (über letzteres Fischer-Ellinger § 143 f.), nach denen die Bücher und Schlußscheine der vereideten Mäkler die volle Beweiskraft öffentlicher Urkunden hatten. Nach Pr. L.R. II 8 § 1366 f. mußten die Vermerke im Mäklerjournal, um vollen Beweis zu liefern, durch den Eid des Mäklers bestärkt sein. Nicht erforderlich war letzteres, wenn der Mäkler verstorben oder sein Aufenthalt unbekannt war. Der Handelsstand hat sich der Einräumung einer unbedingten publica fides an die Mäkler stets abgeneigt gezeigt. Nach Béd. 402 erklärten sich gegen die in dem Entw. zum Co. vorgeschlagene Bestimmung: les achats et ventes se constatent par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtiêr et par son livre authentique die französischen Handelsstädte fast einstimmig; vgl. auch Struck S. 192; Laband S. 39 f.

[15]) Verweis, Geldstrafen Amtsentsetzung. Das Pr. L.R. II 8 § 1328 droht „willkürliche Geld- und Leibesstrafen" an, Struck S. 197.

[16]) Laband S. 25 f.; Struck S. 189. — Ein Hauptgrund des in der Ord. (Tit. 2 art. 1) in Betreff der agents de change ausgesprochenen Verbots, für eigene Rechnung Bankiergeschäfte zu betreiben, war nach Bornier, daß dieselben sonst, comme ils ont connaissance de tout ce qui se passe dans les affaires, pourraient se rendre les maîtres du commerce et de toutes les affaires et ruiner entièrement le commerce des banquiers. Aehnlich Jousse zu der Stelle. Daß dasselbe Motiv auch noch in neuerer Zeit wirksam gewesen ist, ergiebt sich aus Béd. No. 409; s. auch unten S. 403 f.

[17]) Aeltere hierher gehörige Gesetze bei Laband, S. 22 ff. Neuere z. B. der Einführung des H.G.B.'s in Geltung befindliche Gesetzgebungen über das

Digitized by Google

das Institut der amtlich bestellten Vermittler zwar beibehalten, jedoch ohne ihnen ein ausschließliches Recht der Vermittelung beizulegen. Die Befugniß hierzu war der Landesgesetzgebung vorbehalten.[18]) Dieser Vorbehalt, von dem die Einzelgesetzgebung indeß nur in sehr beschränktem Umfang Gebrauch gemacht hat,[19]) ist seit der Reichsgewerbeordnung hinfällig geworden.[20]) In Bezug auf die Berechtigung zum Vermitteln sind daher gegenwärtig, kraft Reichsrechts den amtlich bestellten die Privatvermittler gleichgestellt. Der gesetzliche Name der ersteren ist Handelsmäkler oder Sensale,[21]) die letzteren pflegen

---

Mäklerwesen waren insbesondere Pr. L.R. II 8 § 1305—1388, großen Theils beruhend auf der „Mäklerordnung vor sämmtliche Handelsstädte der K. Preuß. Lande" v. 1765 (N. C. C. March. III S. 1090 ff.); Co. art. 74—90; Sächs. G. v. 21. Sept. 1833 über die Beweiskraft der Bücher und Schlußzettel der Mäkler; österr. G. v. 26. Febr. 1860 über Waarenbörsen und Waarensensale (Z. 3. 534). Außerdem eine große Anzahl von Mäklerordnungen für einzelne Handelsplätze, Frankfurt a. M. 1739 und 1799; Hamburg 1824; Bremen 1829; Berlin 1825; Danzig 1830; Leipzig 1818; Dresden 1834; Wien (Fondsbörse) 1854 u. a. m. Für Holstein wurde 1863 eine im Wesentlichen mit dem H.G.B. übereinstimmende M.O. erlassen (Z. 7. 130 ff.).

[18]) Art. 84².

[19]) Großh. Hess. B. 22. Septbr. 64 § 2 (Z. 8. 495); Baiern 32, Mecklenburg 21, die beiden letzteren jedoch nur in der Weise, daß die Möglichkeit der Einräumung eines ausschließlichen Rechts durch Verordnung, bezw. die Mäklerordnungen offen gehalten ist. Aehnlich die Holstein. M.O. § 1 (Z. 7. 130). Ueber die bezüglichen Debatten bei der Berathung des Preuß. E.G.'s Goldschmidt Z. 5. 545. Das österr. Börsengesetz vom 1. April 75 § 7 giebt den Handelsmäklern wieder das ausschließliche Recht zur Vermittlung von Börsengeschäften.

[20]) R.Gew.Ord. § 1. Keine Anwendung findet diese Bestimmung auf die Vermittlung der Auswanderungsagenten und der Agenten der Versicherungsunternehmer. Der Regelung durch die Ortspolizeibehörde unterliegt die Vermittlung derjenigen Personen, welche auf öffentlichen Straßen oder Plätzen ihre Dienste anbieten, R.Gew.O. § 6, 37. Der Betrieb der Vermittlung im Umherziehen ist an die allgemeinen Voraussetzungen des Hausirgewerbes gebunden.

[21]) Laband S. 18 ff. hat sich die von Diez etym. Wörterb. s. h. v. befürwortete, zuerst, wie es scheint, von Adelung vertretene Herleitung des Wortes sensal aus dem römischen censualis angeeignet und findet hierin eine wesentliche Stütze seiner Theorie von der geschichtlichen Entwicklung des M.instituts. Nach der Abh. von Goldschmidt Z. 28. 115 darf dagegen die von Muratori behauptete, in der franz. Literatur (Brav. Veyr. II. p. 218) angenommene Etymologie vom Arab. simsâr als feststehend betrachtet werden. In der gedachten Abh. s. auch reichhaltige Nachweise über andere Bezeichnungen und deren Herkunft, so namentlich über Mäkler, courtier, broker. Als Bestätigung für die von Goldschmidt angenommene Abstammung des zweiten Wortes von currere mag

Digitized by Google

Privathandelsmäkler, Privatmäkler genannt zu werden. Die Handelsmäkler sind ebenso wie die amtlichen Vermittler des früheren Rechts gewerbtreibende Beamte; sie nehmen mithin eine Doppelstellung ein, da sie vermöge ihres Amtes dem öffentlichen Recht angehören, in ihrer Eigenschaft als Gewerbtreibende aber darauf hingewiesen sind, in privatrechtliche Beziehungen zu einzelnen Personen zu treten. Diese Beziehungen sind zwar Handelssachen, aber die Geschäfte, aus denen sie hervorgehen, im Gegensatz zu den Vermittelungsgeschäften der Privatmäkler keine Handelsgeschäfte.[22]) Daher gehören auch nur die letzteren, nicht aber die Handelsmäkler zu den Kaufleuten im Sinn des H.G.B.'s[23])

IV. Auch abgesehen von dem Vorbehalt der Einräumung eines Exklusivrechtes gewährt das H.G.B. in der vorliegenden Materie der Landesgesetzgebung einen großen Spielraum[24]). Ganz überlassen sind ihr die Bestimmungen über die Anstellung der Handelsmäkler sowie über die Bestrafung derselben bei Verletzung ihrer Amtspflichten[25]). Anheimgestellt sind ihr ferner nicht nur Ergänzungen nach Maßgabe des örtlichen Bedürfnisses[26]), sondern auch erweiternde oder einschränkende Vorschriften in Bezug auf die Amtsverrichtungen, Befugnisse und Verpflichtungen der Handelsmäkler[27]). Die Bestimmungen

noch angeführt werden, daß sich bereits im mittelalterlichen Latein curritor, cursor sowohl für Bote wie für Mäkler findet, du Cange h. v. Ebenso spricht hierfür, daß es nach Oliver hist. del derecho en Cataluña II p. 160 ss. neben den eigentlichen corredores früher auch corredores pregoneres gegeben hat, denen außer dem Betrieb des Mäklergewerbes zugleich die Verkündigung obrigkeitlicher Verordnungen, die Zusammenrufung der Bürgerversammlungen und die Bewirkung gerichtlicher Ladungen oblag. Der Hinweis auf die Beamtenqualität steckt mithin dem Etymon nach, eher im courtier als im Sensal.

[22]) Art. 272[4] oben S. 124.

[23]) In Frankreich gelten die agents de change und courtiers sowohl als officiers publics wie als Kaufleute, Béd. 262, 395. Bei uns wird die Kaufmannseigenschaft eines Handelsmäklers nur dann angenommen werden können, wenn er in Verletzung seiner Amtspflichten gewerbsmäßig Handelsgeschäfte treibt: F. Dernburg im C.Org. N. 5 § 2 S. 307; Bu. 11. 3 ff. (Brem. H.Ger. 66).

[24]) Vgl. über die Landesgesetzgebung unten Zus. zu § 59.

[25]) Art. 84[1]. — Oesterr. G. Art. 84—84 c.

[26]) Art. 84[2]. Als eine Ergänzung seiner Bestimmungen betrachtete das H.G.B. auch die Einräumung des ausschließlichen Vermittlungsrechts.

[27]) Art. 84[3]. Die Befugnisse der Landesgesetzgebung erstrecken sich hiernach auf die Erweiterung oder Einschränkung der den Handelsmäklern in Art. 67 und 70 beigelegten Amtsverrichtungen und Befugnisse sowie auf die Erweiterung oder Einschränkung der ihnen im Art. 69 auferlegten Amtspflichten. Eine darüber

Digitized by Google

des H.G.B.'s über die amtliche Stellung der Handelsmäkler sind demnach zum Theil nur subsidiärer Natur[27a]).

V. Das Institut der Handelsmäkler, wie sich dasselbe auf Grund des H.G.B.'s gestaltet hat, leidet an zwei sehr erheblichen Mängeln. Einerseits fehlt es nach Beseitigung des ausschließlichen Rechts zur Vermittlung an dem erforderlichen Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten[28]). Vollends sind, nachdem durch das E.G. zur R.Civ. Proz.O. die besondere Glaubwürdigkeit der Tagebücher und Schlußscheine aufgehoben ist[29]), die amtlichen Berechtigungen der Handelsmäkler auf ein äußerst geringes Maß reducirt[30]). Andererseits stehen gerade die wesentlichsten, ihnen durch das Gesetz auferlegten Verpflichtungen mit der thatsächlichen Entwickelung des Geschäftsverkehrs in entschiedenem Widerspruch. Dahin gehört namentlich die Bestimmung, daß sie für eigene Rechnung keine Handelsgeschäfte machen, sich auch für die Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte nicht verbindlich machen oder Bürgschaft leisten dürfen[31]). Hiernach erscheint die von mehreren Seiten befürwortete Aufhebung des Instituts

hinausgehende Machtvollkommenheit räumt das H.G.B. der Landesgesetzgebung nicht ein; v. Hahn zu d. Art. § 3. Demnach sind die Bestimmungen der Landesgesetze, durch welche die in anderen Artikeln des H.G.B. normirten Obliegenheiten der Handelsmäkler erweitert oder eingeschränkt werden, in Folge von § 2 R.E.G.'s unanwendbar geworden.

[27a]) Von den auf die Vertragsstellung des Mäklers bezüglichen Bestimmungen haben Art. 82[1] und 83 nur subsidiäre Geltung, da örtliche Verordnungen und Ortsgebrauch ihnen vorgehen. Gänzlich hierauf verweist Art. 82[3], unten § 58.

[28]) Für die Gewährung des Exklusivrechts Laband in der mehrgeb. Abh. Dagegen hat neuerdings Struck S. 199 ff. wiederum dargethan, daß dasselbe bereits längst vor dem H.G.B. nicht mehr mit der Verkehrsentwicklung im Einklang gestanden und sich als praktisch undurchführbar herausgestellt hat. Auch in Frankreich ist, nachdem sich bereits 1861 die association pour la réforme commerciale einstimmig gegen das Exklusivrecht der courtiers erklärt hatte (Béd. 217), im Jahr 1866 die Aufhebung desselben erfolgt, Zus. I zu § 59.

[29]) E.G. zur R.Civ.Pr.O. § 13 Nr. 2.

[30]) Vgl. unten § 57.

[31]) Unten § 57 S. 403 f. Auch in dieser Hinsicht spricht sich Laband S. 49, 57 für die Aufrechthaltung des bestehenden Rechtes aus. Dagegen Struck S. 203 f., 208, 215 ff. Vgl. auch die Bu. 12. 347 bezeugte, dem H.G.B. direkt zuwiderlaufende und deshalb unzweifelhaft ungültige Berliner Usance. Auch das Verbot des Art. 69[6], welches wesentlich den Zweck hat, die Kommissionäre gegen die Mitbewerbung der Handelsmäkler zu schützen, entspricht der Verkehrsentwicklung nicht, Laband S. 57 f. Ueber den auf Beseitigung des betr. Verbots gerichteten, von der preuß. Regierung in der Session von 1866/67 dem Landtag vorgelegten Ges.-Entw. vergl. Z. Beil. zu Bd. 12 S. 176; Bu. 12. 134 f. (Koch); Struck S. 219 f.

Digitized by Google

der Handelsmäkler als amtlich bestellter Vermittler geboten[32]). Einzelne Staaten sind bereits hiermit vorgegangen[33]). Stillschweigend beseitigt sind die Handelsmäkler in Baden, da das badische E.G. keine Bestimmungen über Anstellung derselben enthält[34]); eine nachträgliche Abschaffung hat in Bremen und Hamburg stattgefunden[35]).

Einer durchgreifenden das H.G.B. vielfach abändernden Revision ist der Titel „von den Handelsmäklern oder Sensalen" in Oesterreich unterzogen worden[36]).

§. 57.
Amtsstellung.

Die Handelsmäkler oder Sensale sind nach der im vorigen Paragraphen erörterten gesetzlichen Begriffsbestimmung[1]) amtlich be-

[32]) Für die Aufhebung hat sich besonders der VII. D. Juristentag auf Grund des Referats von Albrecht (damals Präses des Hamb. H.Ger.s) ausgesprochen; der Gutachter Puscher war a. M. gewesen. Verh. I S. 92—99; II S. 69—81, 231—234. Der preuß. H.Min. hat die Handelskammern und kaufmännischen Korporationen wiederholt zu Aeußerungen über die Frage der Aufhebung aufgefordert, doch nur theilweis zustimmende Erklärungen erhalten; namentlich hat sich Berlin stets gegen dieselbe erklärt, Struck S. 220 ff., Grünhut S. 20 f. Das obige Postulat bezieht sich nur auf die amtlich bestellten Vermittler; ob es sich empfiehlt, nach dem Vorbild der französ. u. ital. Gesetzgebung (Zus. zu § 59) eingeschriebene Mäkler zuzulassen, mag hier dahin gestellt bleiben.

[33]) Eine nach dem R.E.G. unzulässige Abänderung des H.G.B.'s liegt hierin nicht. Da dasselbe die Bestimmungen über die Anstellung der Handelsmäkler der Landesgesetzgebung überlassen hat, so hängt es auch von letzterer ab, ob überhaupt Handelsmäkler kreirt werden sollen, s. folg. Anm.

[34]) Puchelt, Bu. 13. 403 ff.

[35]) Brem. V. v. 3. Mai 67, Z. 16. 124, Hamb. Ges. 20. Dec. 74, Z. 17. 621. Die in Bremen noch jetzt, nach einer V. vom 4. Dec. 1867 (Z. 16. 127) angestellten vereideten Börsenmäkler haben die Stellung von Auktionatoren und amtlichen Sachverständigen, die namentlich auch zur Konstatirung des Marktpreises und Börsenkurses verwendet werden. Vgl. die Z. 16 S. 125 ff. mitgetheilten Verordnungen. Auch in Hamburg kann eine Anstellung und Vereidigung von Sachverständigen aus der Zahl der Geschäftsvermittler stattfinden; die Befugniß zur Abhaltung öffentlicher Verkäufe fällt hier aber nicht mit der Eigenschaft eines amtlichen Sachverständigen zusammen.

[36]) Oesterr. Ges. betr. die Handelsmäkler oder Sensale v. 4. April 75 (Z. 21. 487), in Verbindung stehend mit dem G. betr. die Organisirung der Börsen vom 1. April 75 (Z. 21. 255). Das erstgenannte Ges. hat zum größten Theil die Bestimmungen der österr. Entwürfe zum H.G.B. wieder aufgenommen.

[1]) Art. 66[1]. Die Handelsmäkler (Sensale) sind amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte. Der Ausdruck Sensale, vorzugsweise im S. und O. Deutschlands gebräuchlich, ist in 1. Les. eingeschaltet worden,

Digitized by Google

stellte Vermittler für Handelsgeschäfte[2]). Ihre Eigenschaft als Beamte macht sich nach dem H.G.B. darin geltend, daß sie angestellt und vereidigt werden, Amtsrechte und Amtspflichten haben und bei Verletzung der letzteren strafbar sind.

Hierzu ist zu bemerken:

I. In Betreff der Anstellung und Vereidigung enthält sich, wie schon hervorgehoben, das H.G.B. mit Ausnahme der Bestimmung, daß der Amtseid vor Antritt des Amtes abzulegen ist[3]), aller Detailvorschriften. Der Landesgesetzgebung ist sowohl die Festsetzung der Behörden, von denen die Anstellung und Vereidigung zu bewirken ist, wie die Regelung der Voraussetzungen für die Qualifikation der Anzustellenden oder der sonst von ihnen zu erfüllenden Bedingungen überlassen[4]). Die Anstellung erfolgt der Natur der Sache nach regelmäßig für einen bestimmten Handelsplatz[5]), und zwar entweder für alle daselbst vorkommenden Handelsgeschäfte oder für besondere Arten derselben[6]). Auch darüber, ob und inwieweit eine Spezialisirung stattfinden soll, entscheidet das Landesrecht, bezw. die nach Landesrecht zuständige Behörde. Eine häufig vorkommende Scheidung ist die in Fonds-, Wechsel- und Waarenmäkler, von denen die letzteren oft noch weiter nach Waarengattungen gesondert sind. Dazu treten bisweilen besondere Fracht- und Assekuranzmäkler[7]). An den See-

---

Prot. 113. Die österr. Entw. stellen das Wort Sensale in den Text und fügen die deutsche Bezeichnung in Parenthese hinzu. Ueber die Ableitung § 56 Anm. 21.

[2]) Oben § 27 Anm. 23. — Die Handelsgeschäfte, auf welche sich die Vermittlung erstrecken kann, sind im Art. 67[1], jedoch nur beispielsweise aufgeführt.

[3]) Art. 66[2]. An die Stelle der früheren s. g. Notirungsmäkler der Produktenbörse zu Frankfurt a. M., die nicht vereidigt, sondern durch schriftlichen Revers verpflichtet wurden, Z. 17. 233 f., sind seit dem Ges. v. 9. Dec. 64, Z. 9. 121 ff., beeidigte Handelsmäkler getreten.

[4]) Art. 84[1]. Hierher gehören namentlich auch die Bestimmungen über die von den Mäklern zu leistende Kaution.

[5]) Das österr. G. 68[2,3] bestimmt, daß Mäkler nicht blos an Orten, wo Börsen bestehen, sondern überall, wo es das Bedürfniß erheischt, bestellt werden können, daß ferner die Börsenmäkler ihr Amt auch außerhalb der Börse am Börsenort ausüben können. Die erste Bestimmung ist selbstverständlich; die zweite steht mit dem den Börsenmäklern in Bezug auf die Börsengeschäfte eingeräumten Exklusivrecht in Zusammenhang, oben § 56 Anm. 19.

[6]) Art. 68. Der Co. 76, 77 kennt außer den agents de change vier Arten von courtiers, zu denen seit 1813 für Paris noch die courtiers gourmets piqueurs de vin hinzugekommen sind, Béd. 379 ss., unten Zus. zu § 59.

[7]) Ueber Frachtenmäkler (Güter- oder Wagenbestätiger, in Hamburg Litzenbrüder genannt) Pöhls S. 142 ff., Grünhut Kommissionshandel S. 527 Anm. 5; Béd. No. 376 ss.

Digitized by Google

plätzen befassen sich die Schiffsmäkler mit der Vermittelung von Geschäften des Seeverkehrs, insbesondere von Bodmerei-, Fracht- und Versicherungsverträgen [8]).

II. Die Amtspflichten der Handelsmäkler betreffen theils das Verbot der eigenen Betheiligung an Handelsgeschäften (Art. 69, Nr. 1, 2), theils ihr Verhalten bei Ausübung der vermittelnden Thätigkeit (Art. 69 Nr. 3—6), theils die Sorge für die Feststellung der durch sie vermittelten Geschäfte (Art. 71—80) [9]). Die vorerwähnte Befugniß der Landesgesetzgebung zur Abänderung dieser Bestimmungen besteht nur hinsichtlich der unter die beiden ersten Gesichtspunkte, nicht auch hinsichtlich der unter den dritten fallenden Vorschriften des H.G.B.'s [10])

Im Einzelnen ist Folgendes hervorzuheben:

1. Fernhalten von Handelsgeschäften. [11]) Die Handelsmäkler sollen sich jeder Theilnahme an Handelsgeschäften in anderer als blos vermittelnder Stellung enthalten. Dieses Verbot umfaßt a) den Abschluß von Handelsgeschäften in eigenem Namen. Dem Handelsmäkler sind hiernach alle Geschäfte untersagt, die sich auf seiner Seite als Handelsgeschäfte darstellen, auch dann, wenn ihre Eingehung nur vereinzelt erfolgt und wenn sie außerhalb der Sphäre seiner berufsmäßigen Thätigkeit liegen. [12]) Vorzugsweise ist indeß der gewerbmäßige Handelsbetrieb sowohl als Eigen- wie als Kommissionshandel

---

[8]) Verchartерung eines Schiffes durch einen Schiffsmäkler, R. 7. 38 (146).

[9]) Die österr. Redaktion des Art. 69 schickt der Aufzählung der einzelnen den Handelsmäklern auferlegten Amtspflichten die Bestimmung voran, daß die Mäkler verpflichtet sind, die ihnen anvertrauten Geschäfte mit Fleiß, Vorsicht, Genauigkeit, Treue und Redlichkeit und mit Vermeidung alles desjenigen, was das Vertrauen in ihre Unparteilichkeit und in die Glaubwürdigkeit schwächen könnte, zu besorgen. — Die Bestimmung bezeichnet die allgemeine Tendenz der hierher gehörigen Vorschriften in zutreffender Weise, darf aber eben deswegen als entbehrlich betrachtet werden.

[10]) Oben § 56 Anm. 27. Nur insoweit durch einen Dispens von den im Art. 69 enthaltenen Vorschriften die Bestimmungen der Art. 71—80 ganz oder theilweise unanwendbar werden, ist eine Einwirkung des Landesrechts auch auf diese letzteren anzuerkennen. R. 8. 66 (264 ff.).

[11]) Oben S. 397. Das Pr. L.R. II. 8 § 1327 hielt es noch für nöthig, besonders vorzuschreiben, daß der Mäkler sich „des Treibens der Gastwirthschaft, des Wein-, Kaffee-, Branntwein- und Bierschanks gänzlich enthalten" solle.

[12]) Art. 69 [1]. Uebereinstimmend Pr. L.R. II. 8 § 1322—26; Co. 85. Vgl. Bu. 4. 319 (O.Tr. Berl. 64); Dresd. M.O. 10 (Z. 20. 537); Württemb. E.G. 27. Zu beachten ist, daß obwohl das Verbot des Art. 69 [1] ganz allgemein lautet, die R. C. doch der Meinung war, daß, „da es sich nicht um civilrechtliche Folgen der Verbote, sondern nur um disziplinarische Einschreitung handle, die

Digitized by Google

gemeint.[13]) — b) mittelbare Betheiligung an Handelsgeschäften. Dahin gehört nicht nur der Fall, in welchem der Mäkler als Kommittent hinter einem Kommissionär steht, sondern unter Umständen auch die Betheiligung als Kommanditist, Kommanditaktionär, Aktionär oder stiller Gesellschafter an Handelsunternehmungen, desgleichen die Theilnahme an Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften.[14]) — c) Verbindlichmachung für die Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte. Sie dürfen sich für die aus diesen Geschäften hervorgehenden Verbindlichkeiten nicht verbürgen noch gleich den Kommissionären ihren Auftraggebern in der Stellung von Selbstkontrahenten gegenübertreten.[15]) — d) Eingehung von dauernden Vertretungs- oder Abhängigkeitsverhältnissen zu einem Kaufmann. Die Handelsmäkler sollen nicht Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, Handlungsgehülfen sein.[16]) Analog ist dieses Verbot auch auf die Mitgliedschaft im

---

Behörden gewiß die rechte Mitte halten", d. h. nicht nur bei der Strafabmessung, sondern auch in Bezug auf die Frage, ob überhaupt einzuschreiten, die Beschaffenheit des einzelnen Falles berücksichtigen würden, Prot. 119.

[13]) Der Handelsmäkler darf mithin auch nicht offner Gesellschafter oder Komplementär einer Kommanditgesellschaft sein.

[14]) Es kommt auch in dieser Beziehung auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles an, v. Hahn S. 260; Blaschke H.G.B. S. 106; a. M. Grünhut Börsen- und Mäklerrecht S. 37. Die Franzosen stimmen im Ganzen mit der obigen Auffassung überein, Bédarr. 415 ss. Unter die indirekte Betheiligung an Handelsgeschäften fällt auch der im Pr. L.R. II. § 1323 ausdrücklich verbotene Erwerb von Schiffsparten, Bu. 4. 319.

[15]) Uebereinstimmend Pr. L.R. II. 8 § 1326; Co. 86; dazu Bédarr. 430 s. Diskussionen über die Angemessenheit des Verbots auf der N. C. Prot. 116 f. 967 f. Aus dem Verbot, sich für die Erfüllung der vermittelten Geschäfte verbindlich zu machen, folgt zugleich die Unzulässigkeit anonymer Geschäftsabschlüsse, die an den deutschen Börsen vielfach üblich sind, Struck S. 216; Keyßner im D. Handelsblatt 1872 S. 454 ff. (26. Dezbr.). Das österr. Ges. Art. 69[a] gestattet dem Mäkler, „unbeschadet der Gültigkeit des abgeschlossenen Geschäfts" nur dann, den Namen seines Auftraggebers nicht zu nennen, „wenn er von diesem angemessene Deckung erhalten hat oder mit voller Beruhigung erwarten kann." Andernfalls haftet er dem Dritten für den Schaden, „welcher diesem daraus erwächst, daß das Geschäft des Handelsmäklers nicht mit einer Person abgeschlossen wurde, welche volle Beruhigung zu gewähren geeignet war." Vgl. unten Anm. 19 ff. und Zusatz zu § 59. Abschluß einer Chartepartie durch den Schiffsmäkler ohne Namhaftmachung des Befrachters R. 7. 38 (147).

[16]) Art. 69[2]. Eine ähnliche Bestimmung enthält zwar nicht der Co., wohl aber ein arrêté v. 27 prair. X: les agents de ch. et les courtiers ne peuvent être . . . teneurs de livres ni caissiers d'aucun négociant, marchand ou banquier. Die Bestimmung wird noch jetzt als fortgeltend betrachtet; Béd. 410.

Digitized by Google

Vorstand oder Aufsichtsrath einer Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, eingetragenen Genossenschaft sowie auf die Uebernahme des Amtes eines Liquidators auszudehnen.[17]) Nicht untersagt ist ihnen dagegen die Uebernahme von Aufträgen oder Vollmachten zu einzelnen Handlungen.[18])

Die Uebertretung der Verbote zu a bis c hat nicht die Ungültigkeit der verbotswidrig eingegangenen Geschäfte zur Folge.[19]) Ebensowenig ist in dem Fall zu d, Ungültigkeit der in fremdem Namen abgeschlossenen Geschäfte anzunehmen.[20]) Dagegen fehlt es an einer Bestimmung über die Rechtsbeständigkeit der dem Gesetz zuwiderlaufenden

---

[17]) In der österr. Redaktion ist das Verbot ausdrücklich auf die Mitgliedschaft im Vorstand, Verwaltungs- oder Aufsichtsrath einer Kommanditgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgedehnt; vgl. auch Sächs. Annal. 2. F. Bd. 3 S. 139; Bd. 5 S. 481; Oppenh. Rechtspr. 16. 262.

[18]) Dies folgt mittelbar aus Art. 67²: „Durch die übertragene Geschäftsvermittlung ist ein Handelsmäkler noch nicht als bevollmächtigt anzusehen, eine Zahlung oder eine andere im Vertrag bedungene Leistung in Empfang zu nehmen." Hierzu R. 11. 81 (241). Die Bestimmung ist in 1. Les. auf Grund der österr. Vorlagen (Om. 208; Or. 209) aufgenommen worden; letztere bestimmten zugleich, daß der Mäkler ermächtigt sei, das Entgelt für die ihm zur Veräußerung übergebenen Güter, bezw. für Werthpapiere und Wechsel, wenn sie mit dem Empfangsvermerk des Veräußerers versehen seien, sich aushändigen zu lassen. Aehnlich das gegenwärtige österr. G. 67³: „Er ist jedoch auch ohne besondere Vollmacht berechtigt, das Entgelt für Verkehrsgegenstände zu übernehmen, welche den Gegenstand seiner Vermittlung gebildet haben, wenn diese von ihm ausgefolgt werden." Aelteres Recht Z. 8. 182, 186. — Co. 85: il ne peut recevoir ni payer pour le compte de ses commettans — wird von der Jurisprudenz beschränkend ausgelegt; nach Béd. 428 ist hierdurch nur untersagt: l'avance de fonds que l'agent de change on le courtier ferait à son client on bien la réception en compte-courant des sommes à toucher par celui-ci. Scheinbar gegen die obige Ansicht spricht Art. 70, wonach den Schiffsmäklern gestattet werden kann, den Schiffern im Einziehen oder Vorschießen der Frachten und Unkosten, als Abrechner oder in anderer ortsüblicher Weise Hülfsdienste zu leisten. Indeß darf aus dieser Bestimmung kein argumentum e contrario entnommen werden. Sie will vielmehr nur sagen, daß, sofern die gedachten Handlungen im Widerspruch mit den Verbotsbestimmungen des Art. 69 stehen, die Schiffsmäkler nicht strafbar sein sollen, wenn ihnen die Befugniß hierzu durch die zuständige Dienstbehörde (generell oder speziell) eingeräumt ist, v. Hahn zu Art. 70. Ueber die Stellung der Schiffsmäkler Z. 8. 573; R. 7. 38 (153).

[19]) Art. 69¹: alles dies unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte. Anders nach Pr. L.R. II 8. § 1329. Mit dem H.G.B. stimmt die französ. Jurisprudenz überein, Bédarr. 438 ss.

[20]) v. Hahn S. 261.

Digitized by Google

Dienstverträge. In dieser Hinsicht wird demnach das bürgerliche Recht entscheiden müssen.[21])

2. Ausübung der Vermittlerthätigkeit. a) Mehrere Handelsmäkler dürfen sich zwar zu gemeinschaftlicher Vermittlung einzelner Geschäfte, nicht aber zu gemeinsamem Betrieb des Mäklergewerbes vereinigen.[22]) b) Sie sollen bei Entgegennahme der Aufträge wie bei der endlichen Abschließung der vermittelten Geschäfte persönlich thätig sein; bei den vorbereitenden Verhandlungen dürfen sie Gehülfen verwenden.[23]) c) Sie sollen keine Aufträge von Abwesenden, aber auch von Anwesenden nicht anders als durch ausdrückliche persönliche Erklärung entgegennehmen. Anwesend sind diejenigen, die sich an dem Ort befinden, an welchem der Mäkler seinen amtlichen Wirkungskreis hat.[24])

---

[21]) Oben § 45 S. 316; v. Hahn a. a. O. und v. Völdernd. Komm. S. 474 erklären auch die verbotswidrig eingegangenen Dienstverträge auf Grund des H.G.B.'s für rechtsbeständig.

[22]) Art. 69³. Untersagt ist die Vereinigung zu gemeinschaftlichem Betrieb der Mäklergeschäfte oder eines Theiles derselben; gestattet ist die gemeinschaftliche Vermittlung einzelner Geschäfte unter Zustimmung der Auftraggeber. Wörtlich gleichlautend bereits Pr. Auch das Pr. L.R. II. 8 § 1385 verbot den Mäklern, Gesellschaften zu errichten und Theilungen des Verdienstes zu verabreden. Ebenso sind solche Gesellschaften nach französ. Recht unstatthaft; bestritten ist dagegen in der franz. Jurisprudenz, ob der Mäkler mit einem Dritten einen Gesellschaftsvertrag schließen kann, à l'effet de se partager les produits de la charge, Bédarr. 418 ss. Bei uns ist letzteres insoweit zulässig, als die Eingehung eines derartigen Gesellschaftsvertrages nicht zugleich einen Verstoß gegen das Verbot des Art. 69¹ enthält. Ueber die Gesellschaftsverträge der Mäklerbanken mit ihren Agenten R. 17. 92 (397); Schaper in Gruchot Beitr. 22 S. 669.

[23]) Art. 69⁴. Zur Redaktionsgeschichte v. Hahn S. 261. Das österr. G. fügt hinzu: es ist ihnen jedoch gestattet, bei der Uebernahme von Vermittelungsaufträgen Gehülfen zu verwenden, für deren Gebahren sie verantwortlich sind. Dies ist nicht sowohl eine Aenderung der vorstehenden als vielmehr der in Art. 69⁶ enthaltenen Bestimmung, s. folg. Anm.; Grünhut S. 41; Blaschke S. 107. Die Bestimmung des H.G.B.'s will übrigens nicht die Frage entscheiden, ob und unter welcher Voraussetzung bei dauernder Verhinderung des Mäklers eine Stellvertretung desselben zulässig ist, Mot. zu Pr. S. 39 f., vgl. Pr. L.R. II. 8 § 1332 f. Die Hamb. M.O. von 1825 kannte einen durch die Behörde ernannten Gehülfen des M.'s — Fremde Gesetzgebungen und Entw. Zus. zu § 59.

[24]) Art. 69⁶: sie dürfen zu keinem Geschäft die Einwilligung der Parteien oder deren Bevollmächtigten anders annehmen als durch ausdrückliche und persönliche Erklärung; es ist den Mäklern weder erlaubt, Aufträge von Abwesenden entgegenzunehmen noch sich zur Vermittlung eines Unterhändlers zu bedienen. Ebenso in Pr. bis auf

Digitized by Google

d) Sie sind in Bezug auf die ihnen gewordenen Aufträge und die sich daran knüpfenden Verhandlungen und Abschlüsse zur Verschwiegenheit verpflichtet.[25])[26])

3. Sorge für die Feststellung der vermittelten Geschäfte. Hierauf beruhen a) die Vorschriften über die Buchführung der Handelsmäkler. Außer einem zur sofortigen Notiz dienenden Handbuch soll der Mäkler ein Tagebuch führen, welches in Bezug auf die Zahl der Blätter amtlich beglaubigt, sonst nach Art der Handelsbücher eingerichtet und gehalten werden soll. Die Eintragungen in dasselbe müssen täglich geschehen und täglich vom Makler unterzeichnet werden. Einzutragen

---

die hier fehlenden Worte „oder deren Bevollmächtigten", die der Absicht des Entwurfs entsprechend (Mot. zu Pr. S. 40) in 1. Les. eingeschaltet sind. Vgl. auch Pr. L.R. II. 8 § 1325; Er. Tit. 4 Art. 7 und Mot. dazu S. 161; Om. 202; Or. 203; oben § 56 Anm. 11 und 31 und außer den das. Angeff. v. Hahn (der in der 1. Auflage einer unrichtigen Auffassung folgt); Zimmermann, Bu. 6. 202. Oesterr. Ges. v. 1875: sie dürfen weder briefliche noch telegraphische Aufträge von Personen, die sich außerhalb des Ortes, für welchen sie bestellt sind, befinden, übernehmen (also doch briefliche oder telegraphische Aufträge von Ortsanwesenden, dies hielt v. Hahn in der 1. Aufl. auch nach dem H.G.B. für zulässig); sie dürfen weder für Personen, welche ihnen nicht persönlich bekannt sind, ohne sich vorher die Ueberzeugung von ihrer Identität verschafft zu haben, noch für Personen von bekannter Zahlungsunfähigkeit oder von deren Unfähigkeit, bindende Verpflichtungen einzugehen, sie Kenntniß haben, Aufträge übernehmen. Der letzte Passus beruht auf einer Bestimmung der österr. Entwürfe (Om. 199, Or. 200). — Der Co. enthält keine unserem Art. 69⁶ entsprechende Vorschrift, der Pariser Kassationshof erachtet die Uebernahme von Aufträgen Abwesender für zulässig, Bédarr. 315 ss., 332.

[25]) Soweit nicht das Gegentheil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäfts geboten ist. Art. 69⁵; Om. 201, Or. 202; Pr. L.R. II 8 § 1349.

[26]) Das österr. G. 69⁷ untersagt den Mäklern noch a) die Vermittlung von Geschäften, rücksichtlich deren der gegründete Verdacht vorliegt, daß sie nur zum Schein oder zur Benachtheiligung dritter Personen geschlossen werden sollten. Ebenso schon Om. 199, Or. 200, vgl. auch Pr. L.R. II 8 § 1352 ff. — b) an der Börse sollen sie keine Geschäfte in solchen Effekten vermitteln, die nicht im amtlichen Kursblatt der Börse notirt werden. Auf die Vermittlung außerhalb der Börse bezieht sich das Verbot nicht. — Art. 69⁸ legt ihnen die Verpflichtung auf, „an den Orten, wo Börsen bestehen, an den Tagen, an welchen sie nach der eingeführten Ordnung die Reihe trifft, während der ganzen Börsenzeit an der Börse gegenwärtig zu sein", oder für ihre Vertretung durch einen andern dem Börsenkommissär namhaft zu machenden Handelsmäkler zu sorgen. Bei längerer als achttägiger Behinderung muß die Vertretung vom Börsenkommissär genehmigt werden. Art. 69a oben Anm. 15.

sind alle durch seine Vermittelung geschlossenen Geschäfte unter Angabe des Namens der Kontrahenten, der Zeit des Abschlusses, des Gegenstandes und der Bedingungen des Geschäfts.[27]) Das Tagebuch ist, wenn der Mäkler stirbt oder aus dem Amt scheidet, bei der Behörde niederzulegen.[28]) — b) Das Gebot der Aushändigung von Schlußnoten. Dieselben sind den Parteien unverzüglich nach Abschluß des betreffenden Geschäftes auszuhändigen; sie sollen die in das Tagebuch einzutragenden Thatsachen enthalten, vom Mäkler und bei nicht sofort zu erfüllenden Geschäften auch vom Gegenkontrahenten des Empfängers unterzeichnet sein. Wird die Annahme oder im letztgedachten Fall die Unterschrift des Schlußscheins verweigert, so ist der Gegenpartei sofort Anzeige zu machen.[29]) Die Eintragung in

---

[27]) Art. 72, dazu v. Hahn. Abweichend von den Handelsbüchern ist, daß die Eintragungen stets in deutscher Sprache oder in der Geschäftssprache des Ortes geschehen müssen, Art. 72[2], oben S. 290 f. Das österr. G. verlangt, daß die Eintragungen in einer bei den Gerichten des Ortes zulässigen Sprache mit besonderer fortlaufender Zählung stattfinden. An Börsenorten ist anzugeben, ob das Geschäft in- oder außerhalb der Börse geschlossen ist. Auf Begehren der Parteien soll auch eine durch das Einverständniß derselben bewirkte Wiederaufhebung des Vertrages im Journal vermerkt werden (Om. 206, Or. 207). Im Art. 71 werden die Art der Beglaubigung sowie die Behörden, durch die dieselbe zu geschehen hat (Börsenkommissar, Gewerbsbehörde), näher bezeichnet und außerdem bestimmt, daß, wenn das Mäklerbuch vollgeschrieben, dasselbe behufs Erlangung eines neuen der Behörde vorzulegen ist, die es dem Mäkler visirt zurückzugeben hat. — Früheres Recht Heise S. 76; Pöhls S. 131 f. Nach Pr. L.R. II 8. 1359 f. sollte der Mäkler die Geschäfte „in Gegenwart beider schließenden Theile" in sein Taschen- oder Handbuch und demnächst spätestens am folgenden Tage in sein Journal eintragen. Ein Plen.Beschl. des O.Tr.'s (Präj. 1404) hatte, doch wohl kaum in Uebereinstimmung mit der Intention des Gesetzes, angenommen, daß zur Eintragung in das Handbuch nicht die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien erforderlich sei.

[28]) Art. 75. Die österr. Redaktion benennt auch hier die Behörde, bei der die Niederlegung erfolgen soll. Nach Pr. sollte das Tagebuch bei Wiederbesetzung der Stelle dem Nachfolger ausgehändigt werden.

[29]) Art. 73. Die Zustellung von Schlußnoten (Auszügen, bordereaux) an die Parteien gehörte schon vor dem H.G.B. zu den Pflichten der Handelsmäkler, Pr. L.R. II 8 § 1364; Heise a. a. O.; Pöhls S. 33. Das Pr. L.R. verlangte Zustellung „längstens am folgenden Tage" nach der Eintragung in das Journal (oben Anm. 27); Er. Art. 10 an dem Tage des Geschäftsabschlusses selbst; Pr. innerhalb 24 Stunden nach dem Abschluß, vgl. Prot. 128. Die Unterschrift der Parteien ist nach Co. 109 für alle Schlußscheine Voraussetzung der Beweiskraft, s. dazu jedoch Bedarr. 233. An den deutschen Handelsplätzen war sie zwar ebenfalls vielfach in Uebung, Prot. 108, indeß wohl selten gesetzlich

Digitized by Google

das Tagebuch wie die Zustellung der Schlußnoten sind lediglich des Beweises halber, nicht als Voraussetzungen für die Perfektion des Vertrags vorgeschrieben.[30]) — c) Die Verpflichtung, den Parteien auf ihr Verlangen beglaubigte Auszüge aus dem Tagebuch zu ertheilen und letzteres auf Anordnung des Prozeßrichters zur Einsicht und zur Vergleichung mit den Schlußnoten, Auszügen und sonstigen Beweismitteln vorzulegen.[31]) — d) Die Verpflichtung, bei

---

erfordert, so nicht nach Pr. L.R., Sächs. Recht, Z. 8. 174 (Dresd. 63), Hamb. Recht, Pöhls a. a. O. — Das österr. G. hat mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 69a (oben Anm. 15), unserem Art. 73 zwei Sätze hinzugefügt. Danach ist in dem Falle des Art. 69a die Aufnahme des Namens der Parteien in die Schlußnoten nicht erforderlich. Der Mäkler stellt den Parteien mit seinem Namen unterzeichnete Schlußnoten zu, behält dagegen die von den Parteien unterzeichneten Schlußscheine selbst in Verwahrung.

[30]) Art. 76. Vor dem H.G.B. wurde das Geschäft zwar nicht nach gemeinem Recht, aber doch vielfach nach Partikularrecht oder Handelsgebrauch erst mit der Annahme der Schlußnoten durch die Parteien als perfekt betrachtet, oben § 56 zu Anm. 13, auch Pöhls S. 133, Heise S. 76; Mot. zu Er. S. 168, Mot. zu Pr. E. 42. Die österr. Entw. (Or. 205, Om. 204) unterscheiden zwischen den an der Börse abgeschlossenen und anderen Geschäften. Erstere werden durch die Eintragung in das Handbuch unwiderruflich, bei letzteren wird die Einwilligung erst durch die Annahme der Schlußnoten erklärt. Im Gebiet des Preuß. Rechts hatten die von den Parteien unterschriebenen Schlußnoten die Bedeutung eines schriftlichen Vertrages. Ebenso die ordnungsmäßige Eintragung in das Mäklerjournal (Präj. 105), Präj.Samml. S. 202. Auch nach dem H.G.B. können die Parteien die Perfektion des Geschäfts von der Eintragung in das Tagebuch oder von der Aushändigung der Schlußnoten abhängig machen. Ob dies in ihrer Absicht gelegen, ist eine nicht nach bürgerlichem Recht, sondern auf Grund von Art. 278, 279 zu entscheidende quaestio voluntatis. Dabei können auch Usancen als Auslegungsmittel des Parteienwillens in Betracht kommen, nicht aber kann gegenüber dem Art. 76 auf ein Handelsgewohnheitsrecht Bezug genommen werden. — Vgl. im Allgemeinen noch v. Hahn und v. Völdernd.; R. 7. 28 (105); 8. 66 (269); 11. 57 (172); 13. 98 (295); Z. 2. 410; 3. 440; 8. 174 (Dresd. 63); 8. 189 (Hamb. 62); 11. 176 (Lübeck 65); Bu. 19. 317 (Lüb. 68).

[31]) Art. 74, 79. Die Vorlegung kann vom Richter auch ohne Antrag einer Partei verfügt werden, oben S. 301 Anm. 57. Nach Art. 79[2] sollte in Bezug auf die Vorlegung des Tagebuchs Art. 39 Anwendung finden. Diese Bestimmung ist ebenso wie Art. 39 selbst durch § 13 Nr. 2 des E.G. zu C.Pr.O. aufgehoben. Das österr. G. schreibt (Art. 76[3], [4]) auch vor, daß der Mäkler den Parteien bezüglich der von ihm vermittelten Geschäfte, jedoch unbeschadet des Art. 69a, Einsicht des Journals zu gewähren hat, dagegen dritten Personen nur in Folge amtlicher Aufträge oder mit Zustimmung der Parteien Einsicht gestatten oder Auszüge ertheilen darf.

Digitized by Google

einem durch Vermittlung des Mäklers geschlossenen Verkauf nach Probe die Probe Behufs der Wiedererkennung zu zeichnen und bis zur unbeanstandeten Annahme der Waare oder bis zu einer anderweitigen Erledigung des Geschäfts aufzubewahren.[32])

Verletzungen der vorstehenden Amtspflichten ziehen disciplinarische Ahndung gemäß den Landesgesetzen nach sich.[33])

III. Den zahlreichen Amtspflichten stand schon nach dem H.G.B. nur ein unmittelbar in der amtlichen Stellung der Handelsmäkler begründetes Recht gegenüber. Das ordnungsmäßig geführte Tagebuch und die Schlußnote sollten in der Regel für Abschluß und Inhalt des Geschäfts vollen Beweis machen.[34]) Bereits das H.G.B. hatte indeß das richterliche Ermessen über diese Regel gestellt;[35]) das

[32]) Art. 80. Aehnlich schon Pr. L.R. II. 8. 1356; Er. Tit. 4 Art. 19. Die Aufbewahrungspflicht fällt fort, wenn sie dem Mäkler von den Parteien erlassen ist oder wenn ihn „ein Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare" davon entbindet. Letztere Worte rühren aus 2. Les. her, Prot. 972. Gedacht ist vorzugsweise an solche Waaren, von denen sehr umfangreiche Proben genommen zu werden pflegen.

[33]) Art. 84[1]. Oesterr. G. Art. 84c. Sofern die Amtspflichten zugleich Pflichten der Mäkler gegen die Parteien sind, begründen sie auch eine civilrechtliche Verantwortlichkeit. Dies trifft insbesondere bei den Bestimmungen der Art. 69[5], 71—74, 80 zu.

[34]) Art. 77[1]. oben § 56, Anm. 12, 14. Er. und Pr. räumten, wie bei den Handelsbüchern, dem Richter lediglich die Befugniß ein, die Bücher (nicht blos das Tagebuch) und die Schlußnoten des Mäklers als Beweismittel zuzulassen, ohne ein bestimmtes Maß der Beweiskraft festzustellen. Die im H.G.B. enthaltene Fassung rührt aus 1. Les. her und ist in 2. Les. aufrecht erhalten worden, Prot. 137 ff., 969. Zur Anwendung des Art. 77 R. 8. 66 (261 ff.); Z. 8. 174 (Dresd. 63); Bu. 19. 317 (Lüb. 68). In letzterer Entsch. wird richtig ausgeführt, daß nach Art. 77 die Schlußnoten auch negativ einen Beweis für den Vertragsinhalt liefern können, sofern sie dazu bestimmt sind, die Bedingungen des zu Stande gekommenen Geschäfts vollständig aufzuzeichnen.

[35]) Art. 77[2]. Der Richter mußte hiernach bei Beurtheilung des einzelnen Falles zwar von der Regel des Art. 77[1] ausgehen, konnte aber „nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen" den Beurkundungen des Mäklers auch eine geringere Beweiskraft beilegen und eine Bestärkung derselben, sei es durch den Eid des Mäklers, sei es durch andere Beweismittel fordern. Insbesondere sollte der Einfluß, den die Weigerung der Parteien zur Annahme oder Unterzeichnung der Schlußnoten auf deren Beweiskraft hat, freier richterlicher Beurtheilung unterliegen, vgl. hierzu R. 11. 57 (172 ff.). Ebenso die Würdigung von Unregelmäßigkeiten in der Buchführung, Art. 78. Nichtübereinstimmung der den Parteien ertheilten Schlußnoten Bu. 36. 264 (Nürnb. 78).

Digitized by Google

E.G. zur R.Civ.Pr.O. hat dieselbe ganz beseitigt.[36]) Eine ihnen mittelbar beigelegte Befugniß besteht darin, daß in den Fällen des s. g. Selbsthülfeverkaufes bei börsen- und marktgängigen Waaren der Verkauf unter Zuziehung eines Handelsmäklers oder eines zu Versteigerungen befugten Beamten auch unter der Hand stattfinden kann.[37]) Partikularrechtlich ist den Handelsmäklern vielfach die Befugniß zur Vornahme von Versteigerungen eingeräumt.[38]) Weniger ein Recht als eine Pflicht ist es dagegen, daß sie nach den Börsenordnungen bei Feststellung der Börsenkurse mitzuwirken berufen sind.[39])

§. 58.

Vertragsverhältniß.

I. Das Rechtsverhältniß, in welches der Handelsmäkler zu den seine Vermittelung in Anspruch nehmenden Personen tritt, ist das eines entgeltlichen Auftrages.[1]) Derselbe muß, wenn die Bestimmungen des H.G.B.'s Anwendung finden sollen, auf das Zustandebringen eines Handelsgeschäftes, gleichviel ob zwei- oder einseitigen,[2]) gerichtet sein. Der Anspruch auf Entgeld steht dem Mäkler regelmäßig nicht

[36]) E. G. zur C.Pr.O. § 13 Nr. 2. Selbstverständlich bedeutet die Aufhebung des Art. 77 nicht, daß bei der Beurtheilung eines durch das Tagebuch oder die Schlußnoten eines Handelsmäklers erbrachten Beweises nicht auf die amtliche Eigenschaft des letzteren Gewicht gelegt werden darf.

[37]) Art. 311, 343, 348, 354, 365, 366, 387. Mit Unrecht bestreitet v. Hahn S. 256, daß durch diese Bestimmungen die Befugnisse der Handelsmäkler erweitert werden. Die Erweiterung liegt darin, daß die Zuziehung eines Handelsmäklers zur Rechtsgültigkeit eines derartigen Verkaufes erforderlich ist, vgl. R. 7. 17 (68); Verkauf durch, nicht an den Handelsmäkler R. 8. 66. Berechtigung der (jetzt nicht mehr existirenden) unbeeidigten s. g. Notirungsmäkler der Frankf. Produktenbörse zur Vornahme derartiger Verkäufe Z. 17. 231. (O.Tr. 69); Bu. 8. 322. Nichtberechtigung der s. g. Kommissionäre der Leipz. Produktenbörse Bu. 12. 2; 23. 360.

[38]) Unten § 60. Oesterr. G. Art. 70[1]. Die im Art. 70 enthaltene Bestimmung in Betreff der Schiffsmäkler bezieht sich nicht auf die Landesgesetzgebung, noch betrifft sie überhaupt die amtliche Stellung der Handelsmäkler, oben Anm. 18.

[39]) Daher ist den Mäklern durch die Landesgesetzgebung, bezw. durch die Mäkler- und Börsenordnungen häufig die Verpflichtung auferlegt, während der Börsenstunden an der Börse anwesend zu sein, unten § 60; Oesterr. G. Art. 69 Nr. 8, dazu Oesterr. Börsenges. § 8.

[1]) Ueber den Unterschied von Auftrag und Mandat Laband Ztſ. f. D. R. Bd. 20 S. 4 f., oben S. 351 f. Ueber die Natur des Rechtsverhältnisses Z. 8. 175, 178, 181; Bu. 4. 386 (Dresd. 63); auch Sächs. Annal. Bd. 2 S. 24; Z. 22. 268 f.; 14. 555.

[2]) Oben § 57 Anm. 2; § 27 Anm. 3.

Digitized by Google

für seine Dienstleistungen als solche, sondern für den durch dieselben erzielten Erfolg zu.[3]) Der Mäklervertrag läßt sich hiernach, wenn er unter eine römische Vertragskategorie gebracht werden soll, am ersten der Werkverdingung anschließen.[4])

II. Der Auftraggeber kann dem Vermittler bereits von vorn herein ein bestimmtes, mit einer bestimmten Person abzuschließendes Geschäft als das von ihm ins Auge zu fassende bezeichnen.[5]) Geschieht dies nicht, so können bei Ertheilung des Auftrages die Voraussetzungen, unter denen der Auftraggeber zum Vertragsschluß bereit ist, in Bezug auf die Person der Kontrahenten wie in Bezug auf Gegenstand und Inhalt des Geschäfts mehr oder weniger specialisirt werden. In Ermangelung einer anderweitigen Willenserklärung ist aber stets anzunehmen, daß der Auftraggeber zunächst noch keine bindende Erklärung hinsichtlich des Geschäftsabschlusses habe abgeben wollen.[6]) Daraus folgt: a) Der Auftraggeber ist dem Mäkler gegenüber nicht verpflichtet, das aufgegebene Geschäft mit dritten Personen abzuschließen, auch dann nicht, wenn der Mäkler sich bei Ausübung der Vermittlerthätigkeit innerhalb der ihm ertheilten Instruktion gehalten hat.[7])

---

[3]) Art. 82, unten S. 414.

[4]) So auch Kuhn S. 251 f. Vollständig paßt indeß der Mäklervertrag auch nicht in die Kategorie der locatio conductio operis. Insbesondere steht die, wenigstens regelmäßig vorhandene Ungebundenheit des Auftraggebers mit dieser Auffassung nicht recht im Einklang. Es läßt sich daher nichts dagegen sagen, wenn man den Mäklervertrag mit Laband als eine eigene Vertragsspezies ansehen will. Nur darf man ihm weder die Natur eines zweiseitigen Vertrages absprechen (so Sächs. Annal. N. F. Bd. 10 S. 274), noch ihn zu einem bedingten Vertrag stempeln wollen.

[5]) Oben § 56 Anm. 3; Römisch Sächs. Annal. N. F. Bd. 7 S. 344 f., unrichtig Z. 22. 261 (Wolfenb. 67).

[6]) Der Handelsmäkler gilt dadurch, daß ihm die Vermittlung übertragen ist, im Zweifel noch nicht als beauftragt, verbindliche Offerten Namens des Auftraggebers zu erklären, sondern höchstens, solche von dritten Personen entgegenzunehmen, Z. 8. 178 f. (Dresd. 63); 11. 176. (Lübeck 65); 22. 264 (Lübeck 71), s. auch die folg. Anmerkungen.

[7]) Vgl. sächs. b. G.B. 1254; R. 7. 28 (105 ff.); Bu. 28. 368 (Stuttg. 72). Ist dem Mäkler das Geschäft bis zu einem bestimmten Zeitpunkt an die Hand gegeben, so liegt darin an sich noch keine Abweichung von dem obigen Grundsatz. Es ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Auftraggeber sich hierdurch von vornherein mit jeder innerhalb der gesetzten Frist vom Mäkler ermittelten Persönlichkeit als Gegenkontrahenten einverstanden erklärt habe. Vielmehr enthält eine solche Bestimmung zunächst nur eine zeitliche Beschränkung des Vermittlungsauftrages; innerhalb der Frist ist die betreffende Persönlichkeit vom Mäkler nicht

Digitized by Google

b) Der Auftraggeber ist bis zum Zustandekommen des Geschäfts berechtigt, den Vermittelungsauftrag jederzeit zu widerrufen.[8]) — c) Die Ertheilung des Vermittlungsauftrags hindert den Auftraggeber nicht, „gleichzeitig denselben Auftrag einem andern Mäkler zu geben oder das Geschäft selbst ohne Vorwissen und Konkurrenz des beauftragten Mäklers mit dem Dritten abzuschließen." [9]) — d) Der Handelsmäkler ist ohne besondere Ermächtigung nicht befugt, bindende Erklärungen namens seines Machtgebers Dritten gegenüber abzugeben.[10])

III. Der Mäkler fungirt während der Verhandlungen regelmäßig als Beauftragter beider Theile und hat als solcher die beiderseitigen Interessen möglichst gleichmäßig wahrzunehmen.[11]) Die Stellung eines Unparteiischen, die sich hieraus für ihn ergiebt, ist zwar nicht nothwendig mit der Vermittlerthätigkeit verbunden, darf aber von den Parteien, welche die Dienste des Mäklers in Anspruch nehmen, vorausgesetzt werden.[12]) Der Mäkler, der bei Ausübung seiner Thätigkeit eine andere Stellung einnimmt, macht sich eines Dolus schuldig, wenn er den Betheiligten nicht Kenntniß hiervon giebt. Insbesondere ist es unzulässig, daß er sich als unparteiischer Vermittler

---

blos zu ermitteln, sondern auch dem Auftraggeber zu bezeichnen, R. 7. 28. Andererseits ist die Fristbestimmung regelmäßig als ein Verzicht des Auftraggebers auf die zu c. erwähnte Befugniß anzusehen, Z. 8. 179 (Dresd. 63). Weiter geht der Hamburger Handelsgebrauch, wenn das Geschäft dem Mäkler „fest" an die Hand gegeben ist, unten Anm. 24.

[8]) In dem in vor. Anm. zuletzt erwähnten Fall ist der Widerruf nur re integra zulässig, d. h. nur so lange der Mäkler noch nicht von der ihm zustehenden Befugniß Gebrauch machend, das Geschäft einem Dritten fest angestellt hat.

[9]) Z. 8. 179, oben Anm. 7.

[10]) Daher kann der Mäkler nicht „neben und außer der Schlußnote" einem der Kontrahenten mit verbindlicher Kraft für den anderen Theil Geschäftsbedingungen zugestehen, falls er nicht speziell hierzu ermächtigt ist, Z. 22. 264 (Lübeck 71).

[11]) Oben § 56 Anm. 4, R. 7. 23 (90); Z. 22. 271.

[12]) Anders anscheinend Pr. L.R. II. 8. 1337 ff., s. jedoch Anm. 14. Vielfach wird in den Mäklerordnungen die Pflicht eines unparteiischen Verhaltens ausdrücklich hervorgehoben, so Frankf. M.O. von 1862 Art. 5 (de Wal I bl. 138): „Der Mäkler hat unparteiisch und nach bestem Gewissen die Interessen beider Parteien gleichmäßig zu vertreten. Hat er ein persönliches Interesse, so darf er dies der Gegenpartei nicht verschweigen, sondern muß es ihr vor dem endgültigen Abschluß mittheilen." Oesterr. G. 26. Febr. 60 § 27 (Z. 3. 537): „Es ist dem Waarensensal untersagt, ... eine Partei vor der andern zu begünstigen." Ebenso Om. 200; Or. 201; vgl. auch oben § 57 Anm. 9.

Digitized by Google

gerirt, wenn er Aufträge übernommen hat, die ihn zur Vertretung der besonderen Interessen einer Partei nöthigen.[13])

IV. Der Anspruch auf die Mäklergebühr (Proxenetikum, Kurtage, Sensarie, auch wohl Provision genannt) ist nach dem H.G.B. davon abhängig, daß das zu vermittelnde Geschäft abgeschlossen ist und der Mäkler seiner Verpflichtung in Betreff der Aushändigung der Schlußnoten genügt hat.[14]) Das erste dieser beiden Erfordernisse gilt auch nach gemeinem Recht.[15]) Das Geschäft, mit dessen Vermittlung der Mäkler beauftragt war, muß, und zwar unter Mitwirkung des Mäklers zu rechtlicher Existenz gelangt sein.[16]) Das zweite Erforderniß beruht auf der Voraussetzung, daß die Parteien den Mäkler bei dem Abschluß des Geschäfts zuziehen, sei es, daß sie die den bindenden Vertragswillen enthaltenden Erklärungen einander durch ihn zugehen

---

[13]) Der Mäkler darf sich ohne Vorwissen der Betheiligten nicht von beiden Parteien eine Vergütung zusichern lassen. Thut er dies, so liegt die Uebernahme einer Vertretung kollidirender Interessen vor, wodurch er nicht nur zum Schadensersatz, sondern auch zur Herausgabe des von einer Partei gewährten Vortheils an die Gegenpartei verpflichtet wird. So hat das Preuß. O.Tr. wiederholt auf Grund des Pr. L.R.'s I 13 § 22 ff. entschieden. Das Reichsgericht hat diese Grundsätze auch vom Standpunkt des gemeinen Rechts als berechtigt anerkannt, Bu. 6. 29; 11. 238; 20. 70; Z. 22. 268; R. civ. 4. 62 (222); 4. 80 (290). Anders Z. 8. 187, 195.

[14]) Art. 82[1]. Im Wesentlichen gleichlautend Pr. 82[2], doch fehlt hier die Bestimmung in Betreff der bedingten Geschäfte, sowie der Vorbehalt einer anderweiten Festsetzung durch örtliche Verordnungen oder Ortsgebrauch. Beides ist in 1. Les. hinzugekommen, Prot. 148 ff., 974. Die österr. Redaktion verweist in Betreff der an Börsen geschlossenen Geschäfte auf die Börsenstatuten.

[15]) Dies ist freilich nicht unbestritten, aber die in Theorie und Praxis vorherrschende Ansicht, Holzschuher Theorie und Kasuistik, 3. Aufl. (Kuntze) III S. 919; Sintenis § 119; Windscheid § 404[6]; Pöhls S. 118 f.; Morstadt S. 109; Brinckmann S. 477; Mot. zu Er. S. 171; Laband S. 6, 28 f.; Kuhn S. 225; Römisch S. 346; Sächs. b. G.B. 1254; Präj. des Pr. O.Tr.'s 1409 (Präj.Samml. I S. 203).

[16]) Zur Anwendung im Allgemeinen: Z. 8. 175 (Dresd. 63); 14. 554 (Frankf. Stadtg. 69); Z. 22. 261 (O.Tr. Berl. 74); 263 (Oldenb. 78); Bu. 18. 454 (Ob.H.G. Stuttg. 70). Zur Existenz des Geschäfts gehört, daß von Seiten beider Kontrahenten ein perfekter Vertragswille vorhanden ist. Daher ist es unrichtig, wenn die Bu. 20. 69 mitgetheilte Entsch. (O.Tr. Berl. 68) ein pactum claudicans für ausreichend erklärt. Bildete die Beschaffung eines Darlehns den Gegenstand der Vermittlung, so ist der Anspruch auf die Mäklergebühr nicht schon dann begründet, wenn ein für beide Theile verbindliches pactum de mutuando geschlossen ist, Z. 22. 262 (Dresden 69); Seu. 37. 307 (Braunschw. 82).

Digitized by Google

lassen, sei es daß sie dieselben unmittelbar, aber in seinem Beisein abgeben.[17])

Geschäfte, die unter einer Bedingung geschlossen sind, müssen zu unbedingten geworden sein. Dies gilt sowohl, wenn eine aufschiebende wie wenn eine auflösende Bedingung beigefügt ist; erstere muß eingetreten, bei letzterer der Nichteintritt gewiß sein.[18]) Vollziehung des Geschäfts ist keine Voraussetzung für den Anspruch auf Mäklerlohn;[19]) ebenso wenig wird derselbe dadurch beseitigt, daß das perfekt abgeschlossene Geschäft nachträglich wiederum rückgängig gemacht wird.[20]) Sind die vorstehenden Erfordernisse nicht erfüllt, so hat

---

[17]) Eine auf das Zustandekommen des Geschäfts gerichtete Thätigkeit des Mäklers ist nicht erforderlich, wenn derselbe lediglich behufs der Notorisirung des Vertrages zugezogen ist. Auch in diesem Fall hat der Mäkler Anspruch auf die Kurtage, Laband S. 29. Gemeinrechtlich ist das obige Erforderniß nicht, Mot. zu Er. a. a. O.; nach gemeinem Recht ist es demnach auch nicht unbedingt nöthig, daß der Mäkler beim Geschäftsabschluß zugezogen wird; es genügt, wenn seine Thätigkeit den Abschluß herbeigeführt hat, also zu demselben in unmittelbarem Kausalzusammenhang steht, Römisch S. 346; Z. 14. 555 (Frankf. 68, 69); 22. 263 (Dresd. 72); Sächs. Annal. N. F. Bd. 1 S. 52; 2. F. Bd. 1 S. 365; Bd. 3 S. 270; R.civ. 6. 51 (187); Seu. 34. 115. Hervorzuheben ist noch, daß das H.G.B. nur fordert, daß der Mäkler seiner Pflicht in Betreff der Aushändigung der Schlußnoten genügt habe, nicht daß die Parteien dieselben angenommen oder vollzogen haben. Wohl aber können diese Thatsachen für die Frage, ob das Geschäft wirklich abgeschlossen ist, erheblich werden; vgl. oben § 57 Anm. 30.

[18]) Art. 82a; Cl. und A. 1. 45; a. M. in Betreff der Resolutivbedingung Meier, Bu. 31. 364 ff., und mit Bezug auf das sächs. b. G.B. und das gemeine Recht Z. 8. 573 f. (Dresd. 64). Ein suspensiv bedingter Kauf liegt vor, wenn der Kaufpreis in Aktien einer erst zu begründenden Aktiengesellschaft bedungen ist, Z. 22. 354 (A.G. Celle 73).

[19]) v. Hahn und v. Völdernd. zu d. Art.; Laband S. 29; Grünhut Börsen- u. Mäklerr. S. 35; Kommissionshandel S. 269 Anm. 10; Mot. zu Pr. S. 44. Auf der N.C. ist theilweise eine andere Meinung als den kaufmännischen Anschauungen entsprechend vertreten worden. In Folge dessen ist der Anm. 14 erwähnte Vorbehalt in das Gesetz aufgenommen worden, Prot. 147, 974.

[20]) Insbesondere nicht im Fall der Redhibition, ebenso dann nicht, wenn eine nachträgliche Aufhebung durch mutuus dissensus stattfindet; Bu. 20. 69 (O.Tr. Berl. 68); 25. 280 (A.sen. Mannh. 71). Verschieden hiervon und im Zweifel den auflösenden Bedingungen gleichzustellen sind aber die Fälle, in denen eine Partei von einem ihr im Vertrage vorbehaltenen Rücktrittsrecht Gebrauch macht, Windscheid § 323; anders Cl. u. A. 1. 45; Bu. 9. 61. Ist der Vertragsinhalt theilbar, so kann die Ausübung des Rücktrittsrechts die Wirkung haben, daß das Geschäft theilweise bestehen bleibt, theilweise aufgehoben wird. Alsdann ist ein Anspruch auf Mäklergebühr auch nur für den nicht aufgehobenen

Digitized by Google

der Mäkler keinen Anspruch[21]) auf die Mäklergebühr. Seine Thätigkeit bleibt mithin unbelohnt, wenn die Verhandlungen, ohne zu einem Geschäftsabschluß zu führen, abgebrochen werden,[22]) wenn das bedingt geschlossene Geschäft hinfällig wird, wenn die Parteien das Geschäft ohne seine Mitwirkung abschließen, es sei denn, daß im letzteren Fall eine arglistige Umgehung des Mäklers stattgefunden hat.[23])

Die vorstehenden Rechtssätze sind sämmtlich einer Abänderung durch Parteiberedung unterworfen;[24]) sie sind überdies im Verhältniß zu abweichenden Ortsverordnungen und Ortsgebräuchen nur subsidiär anwendbar.[25])

V. Die Höhe der Mäklergebühr bestimmt sich nach örtlichen Verordnungen oder nach dem Ortsgebrauch;[26]) sie ist, wenn weder Ver-

---

Theil des Geschäftes begründet. Deswegen ist in dem interessanten in der Samml. v. Entsch. d. ob. Ger. für Bayern ein Gegenst. des H. u. W.R.'s Bd. 3 S. 760 ff. mitgetheilten Rechtsfall zwar richtig entschieden, die Entsch. aber unzutreffend motivirt.

[21]) Art. 82².

[22]) Dies gilt auch für das bürgerliche Recht, sowohl nach gemeinem Recht wie nach den neueren Gesetzbüchern, als Regel. Von den obersten Gerichtshöfen hat, soviel ich sehe, nur das O.A.G. Dresden in einzelnen Urtheilen angenommen, daß der Mäklerlohn im Zweifel bereits mit der Zuweisung eines Kontrahenten als verdient gelte, Sächs. Annal. 1. S. 346; 3. S. 512, scheint aber in den neueren Entscheidungen durchweg von obiger Regel auszugehen, Römisch S. 346, Sächs. Annal. 2 N. F. Bd. 3 S. 269 ff. Ausnahmsweise soll nach Einzelnen der Anspruch auf Provision begründet sein, wenn der Auftraggeber ohne genügenden Grund das Zustandekommen des Vertrags vereitelt; Kuhn a. a. O. S. 238; Seu. 37. 307. Noch weiter geht E. v. Völdernndorff im Magazin für d. D. R. der Gegenw. Bd. 1 S. 43 ff.

[23]) Prot. 974; R. 11. 66 (198) und die daselbst Angeff., Grünhut Kommission S. 269¹⁰; Bu. 28. 368 (Stuttg. 72). Nach dem österr. G. hat der Mäkler die Gebühr zu beanspruchen, wenn er die Parteien einander bekannt gegeben und das Geschäft hiernächst noch am nämlichen Tage von ihnen unmittelbar geschlossen worden ist. So auch schon die früheren österr. Börsengesetze.

[24]) Versprechen des Mäklerlohns „auf alle Fälle" Z. 8. 191. (Ist eigentlich nicht mehr Mäklervertrag.) — Fest an Händen geben Z. 8. 187, vgl. auch 8. 176*. — Versprechen unter der Bedingung, daß Verkäufer sein Geld bekommt oder für den Fall der Vollziehung des Verkaufes, Sächs. Annal. N. F. II S. 273, 275.

[25]) Unbeschadet anderweiter Bestimmung durch örtliche Verordnungen oder durch Ortsgebrauch Art. 82¹, dazu Prot. 148 ff. Nach der früheren Hamb. und Lüb. M.O. war die Kurtage erst verdient, wenn das Geschäft geschlossen und die Waare empfangen war. — Frankf. Handelsgebrauch Z. 8. 194; Hamb. Usance bei Schiffsmäklern ebd. 195.

[26]) Art. 82³. Die Mäklergebühr wird in der Regel in einer Quote (Pro

Digitized by Google

einbarung noch Ortsverordnungen etwas anderes festsetzen, von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.[27]) Einen Anspruch auf Ersatz der Auslagen neben dem Anspruch auf den Mäklerlohn hat der Mäkler regelmäßig nicht; ausnahmsweise ist ihm ein solcher dann zuzubilligen, wenn er auf specielle Anweisung seiner Auftraggeber außerordentliche Aufwendungen gemacht hat.[28])

VI. Abweichend vom römischen Recht haftet der Handelsmäkler den Parteien nicht nur für Dolus, sondern für jedes Verschulden; er muß bei Wahrnehmung seiner Amtsverrichtungen für die Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers einstehen.[29]) Diese Haftung reicht so weit, als dem Mäkler in Folge der ihm ertheilten Aufträge oder auf Grund des Gesetzes Verpflichtungen den Parteien gegenüber auferlegt sind. Er ist insbesondere verantwortlich für richtige Mittheilung der ihm gemachten Propositionen, für genügende Vergewisserung über die Identität der mit ihm in Verbindung tretenden Personen, für die Richtigkeit der Einträge in das Tagebuch und der Schlußnoten

---

Cent, Pro Mille) vom Betrag der vermittelten Geschäfte festgesetzt. Die Regelung in den Mäklerordnungen hat im Zweifel eine dispositive Bedeutung, läßt mithin eine anderweite Vereinbarung zu. Ausdrücklich ausgesprochen z. B. in der Leipz. und Dresd. M.O. § 5 (Z. 15 515; 20. 535). In der Königsb. und Memeler M.O. § 11 (Z. 9. 336) wird die Forderung eines die Taxe überschreitenden Mäklerlohns in Ermangelung einer vorherigen ausdrücklichen Abrede für unzulässig erklärt. Dagegen bestimmt die Hess. M.O. § 8 (Z. 8. 496) schlechtweg, daß die Handelsmäkler nur die in den amtlichen Tarifen festgesetzten Gebühren beanspruchen dürfen. In Frankreich wird die Forderung wie die Annahme eines höheren als des gesetzlichen M.lohns als concussion bestraft, G. 27 prair. X, § 20. Aus der Judikatur R. 16. 1; Entsch. d. O.A.G. Lübeck (Kierulff) II. Nr. 32; Z. 8. 192, 193; 14. 556; 22. 266, 273 f.; Bu. 41. 130; M.lohn bei simulirtem Kaufpreis Seu 31. 201. — Das österr. G. verordnet, daß der Betrag der Mäklergebühr von der politischen Behörde nach Anhörung des Börsenkommissars und der Börsenleitung; bezw. der Handels- und Gewerbekammer sowie des Gremiums der Handelsmäkler zu bestimmen ist.

[27]) Art. 83. Die meisten neueren M.Ordnungen schließen sich dem H.G.B. an; abweichend z. B. die rev. Bremer Mäklertaxe Z. 23 Beil. 80. Voraussetzung für die Anwendung obigen Rechtssatzes ist aber jedenfalls, daß der M. auch wirklich im Interesse beider Theile thätig gewesen ist, Z. 22. 271. Gemeines Recht Z. 8. 195; Seu. 33. 124; 34. 202.

[28]) Z. 22. 267 (Lüb. 67). — Dagegen kann der Mäkler, falls er außer der Vermittlung noch andere Mühwaltungen übernommen hat, hierfür eine besondere Vergütung beanspruchen, Kierulff II Nr. 132.

[29]) Art. 81, in 1. Les. hinzugekommen. Die Haftung tritt beiden Parteien gegenüber ein, Prot. 152. Röm. Recht L. 2 D. h. t.

Digitized by Google

sowie für die Erfüllung seiner Obliegenheiten in Bezug auf die Aushändigung der letzteren.[30]) Eine Verpflichtung, die Kreditwürdigkeit zu prüfen, liegt ihm nicht ob; in dieser Hinsicht hat er nur für doloses Verhalten einzustehen.[31]) — Die Haftung des Mäklers erstreckt sich sowohl auf den positiven Schaden wie auf den entgangenen Gewinn.[32])

§. 59.

Privatvermittler.

Das H.G.B. zählt die Vermittlung der Privatmäkler zu den Handelsgewerbegeschäften[1]), enthält aber keine Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse derselben. Auf diese finden mithin in erster Linie die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte, eventuell das Handelsgewohnheitsrecht und in Ermangelung desselben das allgemeine bürgerliche Recht Anwendung.[2]) Analog anwendbar sind die Bestimmungen über Handelsmäkler, soweit sie sich nicht auf die Amtsstellung derselben beziehen.[3])

Zusatz I. Fremde Gesetzgebungen. 1) Frankreich. Co. 74—90; dazu außer zahlreichen reglementarischen Bestimmungen G. 2. Juli 62 (Z. 6. 319); G. 18. Juli 66 (Z. 12 Beil. 82). Es werden zwei Klassen von Vermittlern unterschieden: agents de ch. und courtiers. Erstere sind die Effektenmäkler, gemeinsam mit den Waarenmäklern auch zuständig für den Verkehr in Geldsorten und Edelmetallen. Die courtiers zerfallen nach dem Co. in Waarenmäkler, Versicherungsmäkler, Schiffsmäkler und Frachtenmäkler für den Transport zu Lande

---

[30]) R. 4. 86 (413); Z. 2. 410 (Hamb. 58) 8. 181 (Wolfenb. 59); 11. 176; Bu. 41. 130; Kierulff VII Nr. 3. Die in Pr. 81 ausgesprochene unbedingte Haftung des Mäklers für die Echtheit der letzten Unterschrift auf den von ihm übergebenen Wechseln und sonstigen (indossirbaren) Orderpapieren wurde von der N. C. in 1. Les. genehmigt, in 2. dagegen abgelehnt. Diese Haftung gilt nach franz. Recht auf Grund des G. vom 27. prair. an X, ebenso ist sie in den übrigen außerdeutschen G.büchern mit Ausnahme des ungarischen ausgesprochen, Zus. zu § 59. In einzelnen Gesetzen und M.Ordnungen sind die Pflichten der Mäkler in Bezug auf die den Parteien zu gewährende Sorgfalt mehr specialisirt, Holst. M.O. Z. 7. 132 (antiquirt); Frankf. Ges. § 6 (Z. 9. 122).

[31]) Z. 8. 181; 22. 265 (O.Tr. Berl. 73).

[32]) So nach gemeinem Recht. — Art. 283 ist hier nicht direkt anwendbar. Vgl. auch Bu. 41. 130.

[1]) Art. 272[4]; oben § 27 S. 123. Vgl. auch R. civ. 1. 94 (258).

[2]) arg. Art. 1; oben § 16 ff.

[3]) R. 4. 86 (413); 7. 23 (90); 11. 66 (198); 21. 90 (275); R. civ. 4. 62 (223); 4. 80 (290); 6. 51 (187); Z. 8. 190; 14. 556; 22. 266; Bu. 7. 213; 9. 212; 10. 198; 19. 29; 25. 281; 41. 130.

Digitized by Google

und auf Binnengewässern. Die letzteren sind nicht praktisch geworden, dagegen kommen für Paris noch besondere Weinmäkler hinzu (courtiers gourmets piqueurs de vin). Die Funktionen dieser verschiedenen Arten der Mäkelei sind genau begrenzt; Cumulation ist statthaft.

Unter dem ancien régime waren die Stellen der agents de ch. und courtiers käuflich. Im J. 1791 wurde mit der Einführung der Gewerbefreiheit auch das Vermittlergewerbe freigegeben, sehr bald indeß (vendém an IV) das Erforderniß einer Anstellung, nicht aber die frühere Käuflichkeit wiederhergestellt. Als im J. 1816 wegen finanzieller Bedrängnisse eine bedeutende Erhöhung der Mäklerkautionen stattfand, wurde sowohl den agents de ch. wie den courtiers gesetzlich die Befugniß gewährt, ihren Nachfolger vorzuschlagen. Derselbe wird stets ernannt, wenn er die erforderlichen Eigenschaften besitzt und von der betr. Mäklerkammer genehmigt ist. In Folge dessen gilt das Mäkleramt gegenwärtig als propriété aussi libre que le comporte sa nature; die Charge wird zwar nicht vom Staat, wohl aber vom Inhaber verkauft, es ist dies ein durchaus zulässiges, allgemein übliches Geschäft (Béd. 137).

Durchbrochen ist dieses System neuerdings insofern, als durch das G. von 1866 das Exklusivrecht der Waarenmäkler aufgehoben worden ist. Die Befugniß zur Waarenmäkelei steht Jedermann zu. Gestattet ist denen, die dieselbe betreiben, sich gegen Entrichtung einer Gebühr in ein vom Handelsgericht zu führendes Register eintragen zu lassen. Sie erlangen dadurch eine Art amtlicher Stellung, werden vereidigt, sind der Disziplin der Mäklerkammern unterworfen und genießen vor den courtiers libres das Vorrecht, daß sie allein mit öffentlichen Verkäufen, sowie mit den Abschätzungen der in öffentlichen Lagerhäusern deponirten Waaren betraut werden dürfen. Die bei Erlaß dieses Gesetzes im Besitz des Exklusivrechts befindlichen courtiers sind aus Staatsmitteln entschädigt worden; zur Tilgung des Entschädigungsfonds sollen die oben erwähnten Inskriptionsgebühren verwendet werden. Zur Gesch. des gedachten Ges. Demangeat bei Brav. Veyr. I p. 204 ss. Eine weitere Beseitigung des Monopols ist zunächst nicht zu erwarten. Zwar hat 1882 ein Mr. Ménard Dorian im Corps législ. einen dahin gehenden Antrag bezüglich der agents de ch. gestellt, indeß dürfte derselbe schon an den kolossalen Vermögenswerthen, die in diesen Stellen stecken, nicht blos jetzt, sondern auch voraussichtlich noch auf lange Zeit hinaus ein unübersteigliches Hinderniß finden. Vgl. Journ. des écon. 1882 p. 514. Wie groß diese Werthe sind, mag man u. A. daraus entnehmen, daß die bereits aus dem vorigen Jahrhundert stammende, durch arrêté von 1816 fixirte Zahl von 60 Pariser agents de change bis heut noch nicht überschritten ist.

Die Anstellung der agents de ch. und der courtiers erfolgt durch das Staatsoberhaupt; nur die Weinmäkler werden vom Handelsminister ernannt. Ausgeschlossen sind Fremde, Minderjährige (streitig ist, ob Großjährigkeit genügt oder das Alter von 25 Jahren erforderlich ist), fallite Kaufleute bis zur Rehabilitation, solche, die wiederholt wegen marronage verurtheilt oder des Mäkleramts entsetzt worden sind. Vor der Ernennung wird die chambre syndicale über die moralische und geschäftliche Qualifikation des Anzustellenden gehört. Letztere soll durch eine vierjährige Lehrzeit bei einem Kaufmann, Notar oder Mäkler dargethan werden, ein Erforderniß, von dem jedoch in der Praxis vielfach abgesehen wird.

Alle Mäkelei ist Handelsgeschäft. Agents und courtiers sind mithin Kauf-

Digitized by Google

leute. (Ebenso nach sämmtlichen außerdeutschen H.G.Büchern.) Eine Folge hiervon ist: sie unterliegen im Fall der Zahlungsunfähigkeit dem Fallissementsverfahren. Drakonische, aber wegen ihrer Strenge wenig zur Anwendung kommende Bestimmungen gegen fallite Mäkler enthält Code pénal 404; vgl. auch Co. 89.

An den größeren Handelsplätzen bilden agents de ch. und courtiers Compagnien. An der Spitze derselben stehen die chambres syndicales, die den Beruf haben, untaugliche Persönlichkeiten abzuwehren, die Disziplin zu handhaben, sowie sonstige gemeinsame Interessen wahrzunehmen, namentlich auch gegenüber den Pfuschmäklern. Die Compagnie der agents de ch. in Paris bildet außerdem eine ebenfalls von der chambre syndicale verwaltete gemeinsame Kasse, um den Mitgliedern in geschäftlichen Verlegenheiten zu Hülfe zu kommen. Hierzu hat jeder agent de ch. einen Beitrag von 50,000 Frcs. (nach Brav. Veyr. I p. 57 not. 1 von 100,000 Frcs.) zu leisten. Unabhängig hiervon ist die von den agents wie von den courtiers dem Staat zu hinterlegende Amtskaution, die nach den Handelsplätzen und Geschäftszweigen verschieden abgestuft, aber successiv immer mehr hinaufgeschraubt ist. Gegenwärtig beträgt sie für die agents de ch. in Paris 250,000 Frcs.

Aus dem Exklusivrecht der Mäkler folgt nothwendig die Strafbarkeit des marronage (Pfuschmäkelei). Die früher viel strengeren Strafen sind gegenwärtig auf Geldbußen reduzirt, außerdem soll Ausschluß von der Börse und im Rückfall Unfähigkeit zum Mäkleramt eintreten. Die Strafen treffen auch diejenigen, die sich eines unbefugten Vermittlers bedienen. Der marron kann keine Kurtage beanspruchen. Die von ihm vermittelten Geschäfte sind à l'égard des parties nichtig. Der betr. Mäklerkammer steht namens ihrer Compagnie wegen des Eingriffs in deren Gerechtsame eine Klage auf Schadensersatz zu. Alle diese Bestimmungen scheinen jedoch geringe praktische Wirksamkeit zu haben.

Die agents de ch. dürfen bei den Geschäften über effets publics (Staatsrente, Schatzscheine, Aktien der banque de France) als übernehmende Mäkler oder Kommissionäre auftreten. Bestritten ist, ob die gleiche Befugniß auch in Betreff der sog. effets semi-publics, d. h. der übrigen in der amtlichen Kursliste verzeichneten Effekten zusteht. Gebrauch gemacht wird hiervon namentlich bei den Geschäften in französischer Staatsrente. Die Uebertragung derselben geschieht durch Umschreibung (transfert) im öffentlichen Schuldbuch, wobei die Zuziehung eines agent de ch. obligatorisch ist. Die betr. Geschäfte werden fast immer von Agent zu Agent geschlossen. Der einzelne Agent haftet dem ihm gegenüberstehenden Mäkler, während er zugleich seinem Klienten für die Solvenz des Gegenkontrahenten (entweder des gegnerischen agent oder von dessen Kommittenten) einzustehen hat. Nach gesetzlicher Vorschrift (G. 27 prair. an X art. 13) sollen die Agenten derartige Geschäfte nur machen, wenn sie zuvor in Besitz der zu veräußernden Effekten, bezw. des Preises gesetzt sind. (Also keine Zeitgeschäfte!) Allein diese Vorschriften finden keine Beachtung. Näheres Béd. 232 ss., auch R. 15. 109 (393); Grünhut Mäklerrecht, Anm. 20, 33.

Abgesehen hiervon stehen die agents de ch. mit unseren Mäklern auf einer Stufe. Thatsächlich geben sich indeß, wenigstens in Paris, die Wechselagenten mit anderen als öffentlichen Effekten gar nicht ab, da sie selbst die Geschäfte in letzteren kaum bewältigen können, obwohl ihnen seit 1859 gestattet ist, zwei commis principaux anzunehmen, die in ihrem Namen abschließen dürfen. Auch diese

Digitized by Google

müssen von der Kammer approbirt sein und dem Agenten eine Kaution von 100,000 Frcs. erlegen. Den agents de ch. ist durch das G. von 1862 ferner erlaubt, bis zu drei Viertheilen des als Kaufpreis und für die Kaution aufgewendeten Anlagekapitals Kommanditisten heranzuziehen; mindestens zu einem Viertel müssen sie dasselbe aus eigenen Mitteln beschaffen.

Im Uebrigen besteht hinsichtlich der Amtspflichten der agents de ch. wie in Betreff ihrer Stellung zu den Parteien im Ganzen Uebereinstimmung mit unserem Recht. Einzelne Abweichungen sind in den Anm. erwähnt.

2) Spanien 63—115, Portugal 102—140 (hier noch besondere Bestimmungen über Schiffsmäkler 1432—39, Versicherungsmäkler 1807—12, auch 1694, 95) gehen ebenfalls von dem Exklusivrecht der amtlich bestellten Mäkler (span. corredores, portug. corretores) aus. In Spanien wurde dasselbe durch Dekret der prov. Regierung vom 30. Nov. 68 aufgehoben, allein schon 1874 wiederhergestellt. Das span. G.B. kennt neben der Anstellung noch aus dem älteren Recht stammende, durch Kauf von der Krone erworbene Mäklerprivilegien und hält dieselben als erworbene Rechte mit gewissen Maßgaben aufrecht, 72 ff. Keines der beiden G.bücher fixirt gleich dem Co. die verschiedenen Gattungen der Mäkelei; Port. 104 bestimmt ausdrücklich, daß das Patent in jedem einzelnen Fall die Geschäfte, auf welche sich die Befugniß des Mäklers erstrecken soll, zu bezeichnen habe. Durch das span. G. vom 8. Febr. 54 sind für die Börse von Madrid agentes de cambio kreirt, die ganz den französischen agents de ch. entsprechen, auch ebenso wie diese das Recht zur Präsentation ihres Nachfolgers haben. Die weiteren Bestimmungen schließen sich in beiden G.büchern wesentlich an den Co. an; besonders hervorzuheben ist Folgendes: Zu den erforderlichen Eigenschaften des Mäklers gehört nach Port. 108 der Nachweis einer dreijährigen Lehrzeit, während Span. 75 ff. eine sechsjährige Lehrzeit und die Ablegung einer Prüfung vor der junta des Mäklerkollegiums verlangt. Pfuschmäkelei wird nach Span. 67, 68 nicht blos mit Geldstrafe, sondern im Rückfall überdies mit einjähriger Verbannung aus der Gemeinde, im wiederholten Rückfall mit zehnjähriger Verbannung aus der Provinz bestraft. Nach Span. 87 können die Mäkler mit Zustimmung der junta einen in ihrem Namen handelnden Gehülfen bestellen Port. 116 untersagt die Substitution ganz allgemein bei Strafe der Amtsentsetzung. Bei der Veräußerung von Effekten haftet der Mäkler, wenn nicht verabredet ist, daß die Uebergabe direkt unter den Parteien geschehen soll, sowohl für die Aushändigung des Papiers, wie für die Zahlung des Kaufpreises. Auch findet, wie nach franz. Recht, Haftung für die Echtheit der letzten Unterschrift statt. Abgesehen hiervon ist die Uebernahme einer persönlichen Verantwortung für die Erfüllung der vermittelten Geschäfte verboten und nichtig, Span. 90, 83, 102; Port. 118, 118, 129. Bei schriftlichem Vertragsschluß soll der Mäkler der Unterschrift der Parteien beiwohnen, seine eigene hinzufügen und ein Vertragsexemplar in Verwahrung nehmen, Span. 98, Port. 125. Bei allen Geschäften ist 24 Stunden nach dem Vertragsschluß den Parteien ein Auszug aus dem Tagebuch zuzustellen, Span. 97, Port. 125. Nach Span. 64 liefert derselbe, wenn er mit dem Tagebuch übereinstimmt, vorbehaltlich des Gegenbeweises vollständigen Beweis; Port. 105 beschränkt die Beweiskraft einerseits auf die Parteien, andererseits auf den Preis, die verabredete Quantität und Qualität der Waaren, sowie auf Datum und Nebenbestimmungen des Vertrages,

Digitized by Google

so daß die Thatsache des Vertragsschlusses anderweitig feststehen muß. Fallite Mäkler werden nach Span. 1009 wegen betrügerischen Bankerottes bestraft, wenn sie in eignem oder fremdem Namen Handelsgeschäfte gemacht oder sich für die von ihnen vermittelten Geschäfte verbürgt haben. Port. 1154 präsumirt bei der Zahlungseinstellung des M.'s das Vorhandensein eines betrügerischen Bankerotts.

3) Holland, 62—73 (speziell Assekuranzmäkler 681—85) nähert sich am meisten dem deutschen H.R. Es giebt angestellte Mäkler. Die Anstellung erfolgt durch die Stadtbehörde (het plaatselik bestuur, vgl. Kist I p. 130), gewährt aber kein Exklusivrecht. Die Geschäfte der nicht angestellten Mäkler werden nach den Grundsätzen vom Vollmachtsvertrag beurtheilt. Die Anstellung erstreckt sich, wenn sie nicht besonders eingeschränkt ist, auf alle Handelsgeschäfte, das Verbot, für eigene oder fremde Rechnung Handel treiben, ist auf diejenigen Geschäfte beschränkt, auf welche sich der Gewerbebetrieb des Mäklers erstreckt. Eine Verpflichtung zur Ausstellung von Schlußzetteln besteht im Allgemeinen nicht (etwas Aehnliches bei den Assekuranzmäklern, Art. 681), die M. sind nur verpflichtet, den Parteien auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuch zu ertheilen. Letzteres beweist, ähnlich wie nach Port. Recht, falls der Abschluß des Geschäfts feststeht, den speziellen Inhalt desselben. Haftung für die Echtheit der letzten Unterschrift auf den vom M. veräußerten Wechseln und Handelspapieren. Art. 69 enthält eine unserem Art. 80 entsprechende Bestimmung betreffend den Kauf nach Probe. Verletzung der Amtspflichten ist mit Absetzung bedroht. Fallite M. s. Holtius bl. 177 v. Vgl. auch Z. 26. 346 ff.

4) Belgien Tit. 5 Art. 64—68. Agents de ch. wie courtiers sind völlig freie Gewerbe. Ihre Verpflichtung als Gewerbtreibende besteht lediglich in der Führung eines Hand- und Tagebuches. Den Parteien haften sie persönlich für die Lieferung und den Kaufpreis der durch sie veräußerten Waaren, falls sie nicht dem betr. Kontrahenten bei Abschluß des Vertrages den Gegenkontrahenten namhaft gemacht haben. (Nur in letzterem Fall kann von einer Vermittlung die Rede sein.) Haftung für die Echtheit der letzten Unterschrift, wie oben.

5) Italien. Das G.B. von 1865 Art. 32—67 war im Wesentlichen Reproduktion des Co. Gegenwärtig Art. 29—35, dazu Ausf.B. v. 27. Dez. 82 Art. 26—39. Es sind alle Bestimmungen über Anstellung, Zuständigkeit und Amtspflichten der M. gestrichen. Nach der Ausf.B. ist das Vermittlergewerbe frei. Jedoch können sich die M. unter bestimmten Voraussetzungen, wohin namentlich die Hinterlegung einer Kaution gehört, in eine von der Handelskammer zu führende Rolle eintragen lassen. Die eingeschriebenen Mäkler haben außer den im franz. Recht ihnen eingeräumten Befugnissen, das ausschließliche Recht, an der Börse als Vermittler zu fungiren. Allen Mäklern ist die Führung eines Hand- und Tagebuches vorgeschrieben. Den Parteien ist bei Abschluß des Vertrages eine Abschrift der Notiz aus dem Handbuch, demnächst auf Verlangen eine mit dem Vermerk im Tagebuch übereinstimmende vom Mäkler, und falls die Parteien damit einverstanden sind, auch von diesen (zum Zeichen ihres Einverständnisses) zu unterfertigende Abschrift des Vertrages zu ertheilen. Ausdrücklich sind ferner die Mäkler sowohl in Bezug auf die Haltung dieser Bücher wie in Bezug auf die Bewahrungspflicht (auch in Betreff eingehender und abgesandter) Handelsbriefe und Telegramme den für Kaufleute geltenden Bestimmungen unterworfen. Auch hier findet sich die Haftung für die Echtheit der letzten Unterschriften auf den veräußerten Urkunden. In Bezug auf

Digitized by Google

die persönliche Haftung des den Gegenkontrahenten nicht namhaft machenden Mäklers stimmt das ital. mit dem belg. G.B. überein, erweitert aber den hier lediglich in Betreff der Kaufgeschäfte ausgesprochenen Grundsatz auf alle Verträge. Das Verbot des bisherigen Rechts (Art. 53[3] des alten G.B.'s, vgl. auch Co. 85), im Namen des Machtgebers zu empfangen oder zu leisten, ist demnach hinfällig geworden, Art. 30 spricht aber gleich unserem Art. 67[2] aus, daß der Auftrag zur Vermittlung eines Handelsgeschäfts keine dahin gehende Ermächtigung enthält. In Uebereinstimmung mit unserem Art. 82 bestimmt Art. 32, daß die Kurtage erst mit dem Abschluß des Geschäfts verdient ist. Nach Art. 858, 861[8] ist ein gewerbmäßiger Vermittler, der fallit wird, mit der Strafe des einfachen Bankerotts, und zwar mit dem Höchstbetrag (2 Jahr Gef.) zu bestrafen.

6) Schweiz. O.R. 405 unterstellt den Vermittlungsvertrag, falls der Vermittler zu keiner der Parteien in einem dauernden Dienstverhältniß steht, den Grundsätzen vom Mandat. Die besonderen Bestimmungen über Mäkler, Kurtiers, Sensale und sonstige gewerbsmäßige Vermittler sind der Kantonalgesetzgebung vorbehalten. (Die Entwürfe enthielten einzelne hierher gehörige Bestimmungen, die aber bei der letzten Redaktion sämmtlich gestrichen sind, Schneider Komm. zu d. Art.)

7) Ungarn 534—48. Mäkler sind die gewerblichen Vermittler von Handelsgeschäften; angestellte Mäkler giebt es nicht, daher auch keine Amts-, sondern nur Gewerbspflichten. Dieselben reduziren sich auf a) die Führung eines Tagebuchs, welches in jeder lebenden Sprache geführt werden kann, im Uebrigen ebenso wie nach unserem H.G.B. eingerichtet sein muß. Ein Handbuch ist nicht erforderlich; b) die Ertheilung von Schlußscheinen und Auszügen; c) die Zeichnung und Aufbewahrung der Probe bei einem Kauf nach Probe. In Bezug auf die Stellung zu den Parteien ist im Wesentlichen Uebereinstimmung mit dem deutschen H.G.B. vorhanden. Ausdrücklich bestimmt ist, daß auch eine Vernachlässigung der gewerblichen Pflichten der Mäkler für Schadensersatz haftbar macht, ferner daß die Höhe der Mäklergebühr freier Vereinbarung unterliegt, der Ortsgebrauch mithin erst in Ermangelung einer solchen entscheidet. Für den Fall, daß es auch an einem Ortsgebrauch fehlt, soll vom Werth des vermittelten Geschäfts bis zu 5000 Fl. $^1/_2$, darüber hinaus $^1/_4$ Prozent als Mäklergebühr zustehen.

8) England. Der M., broker, ist eine Unterart des agent, das besondere Merkmal des M. wird darin gefunden, daß er sich nicht im Besitz der Waaren befindet, oben S. 389. Smith p. 106 bemerkt indeß, daß sich der Begriff nicht genau abgrenzen läßt; Auktionatoren und Kommissionäre auswärtiger Kommittenten gelten nicht als M. Gesetzliche Bestimmungen bestehen für die M. in der city (6 Anne c. 16; 57 Geo. 3 c. 60). Danach bedürfen dieselben einer Zulassung durch die Stadtbehörde, die nach Feststellung der Qualifikation gegen eine Gebühr von 5 Lstr. ertheilt wird. Eine gleiche Abgabe ist jährlich zu entrichten. Die zugelassenen M. werden in eine Liste eingetragen, können aber, wenn sie sich einer felony oder fraud schuldig machen, für immer oder zeitweise aus derselben gestrichen werden. Nicht zugelassene M. haben keinen Anspruch auf Vergütung und unterliegen einer Geldstrafe von 25 Lstr., die aber von Smith gar nicht mehr erwähnt wird und daher auch wohl nicht mehr praktisch sein dürfte. Den stockbrokers ist die Haltung eines Tagebuches vorgeschrieben, aus welchem sie den Parteien auf deren Verlangen binnen 24 Stunden nach der Eintragung Schluß-

Digitized by Google

noten (buy and sold-notes) zu ertheilen haben. Außer diesen gesetzlichen Bestimmungen kommen die reglementarischen Vorschriften der einzelnen Börsenkorporationen in Betracht, die sich sowohl auf die Bedingungen der Zulassung wie auf die Ausübung des Gewerbes beziehen, vielfach auch eine solidarische Haft der Korporationsmitglieder für einander festsetzen. Weitaus am bedeutsamsten ist in dieser Hinsicht das Londoner stock-exchange, über dessen eigenthümliche Organisation jetzt namentlich die Schrift von Struck zu vgl.; s. auch Grünhut a. a. O. Anm. 21 und die oben § 56 Anm. 1 Angeff.

II. Entwürfe. 1) W. 89—105. M. werden vom Gemeinderath „nach Vernehmung des Handelsstandes" ernannt, vom Handelsgericht vereidigt. Ueber Bestellung einer Kaution bestimmt ebenfalls der Gemeinderath nach Anhörung des Handelsstandes. Exklusivrecht für die in der Anstellungsurkunde benannten Fächer. Pfuschmäkelei ist mit Geldstrafe bedroht. Amtspflichten: Tagebuch, Ertheilung von Auszügen an die Parteien; Aufbewahrung der Proben; Verbot des Handels in dem Fache, für welches der M. bestellt ist, sowie der Uebernahme von Bürgschaften für die vermittelten Geschäfte. Verbotswidrige Bürgschaften sind nichtig. M., die ihre Amtspflichten verletzen, werden mit Geldbußen, in schwereren Fällen auch mit Dienstentlassung bestraft. Haftung für die Echtheit der letzten Unterschrift auf den eingelieferten Wechseln und Handelspapieren. Die Höhe der Kurtage wird durch die Ortsobrigkeit festgesetzt; Ueberforderung ist strafbar. Die Kurtage ist im Zweifel bei Versicherungen vom Versicherten, bei anderen Verträgen vom Auftraggeber, oder wenn kein spezieller Auftraggeber vorhanden ist, von beiden Theilen gleichmäßig zu entrichten. Ausdrücklich bestimmt ist, daß der M. im Zweifel nicht zum Abschluß berechtigt ist.

2) Er. Tit. 4 Art. 4—24. Die M. sind die gesetzlichen Vermittler für Handelsgeschäfte. Sie sind vor Antritt ihres Amtes zu vereidigen und haben eine Kaution zu bestellen. Die näheren Bestimmungen über die erforderlichen Eigenschaften, über Prüfung, Anstellung u. dgl. sind der Einzelgesetzgebung überlassen, ebenso die Entscheidung darüber, ob ihnen ein Exklusivrecht zustehen soll; etwa bestehende M.privilegien sollen unberührt bleiben. Die Verrichtungen unbefugter Mäkler sind nicht ungültig, sondern nach den Regeln über Aufträge zu beurtheilen; die Bestrafung ist ebenfalls den Landesgesetzen vorbehalten, desgleichen die Bestrafung der ihre Amtspflichten verletzenden M. Die Pflicht zur Führung von Hand- und Tagebuch, zur Ertheilung von Schlußnoten und Auszügen, zur Aufbewahrung der Proben ist im Ganzen bereits ebenso geordnet, wie im H.G.B.; abweichend ist, daß die Schlußnoten am Tage des Geschäftsabschlusses auszuhändigen sind und daß die Unterschrift der Parteien nicht gefordert wird. Die Annahme der Schlußnote kann gegen den, der sie angenommen, als Beweis für Abschluß und Inhalt des Geschäfts dienen. Das regelmäßig geführte Tagebuch beweist den Inhalt des Geschäfts, wenn der Abschluß in anderer Weise dargethan ist. Haftung für die Echtheit der Unterschrift, wenn der M. Wechsel und andere Handelspapiere im Namen und mit der Unterschrift eines Andern übergiebt. Von den in unserem Art. 69 aufgeführten Verpflichtungen findet sich eine der Nr. 6 entsprechende Bestimmung Er. 7. Die M. dürfen nur zwischen Parteien abschließen, die „am Platz persönlich anwesend sind und ihre Erklärungen selbst abgeben". Art. 21 verbietet wie unser Art. 69[1] allgemein den Betrieb und die Betheiligung an Handelsgeschäften und die Uebernahme von

Digitized by Google

Bürgschaften für die vermittelten Geschäfte. Aus verbotswidrigen Geschäften steht weder dem Mäkler noch dem Gegenkontrahenten, der von der Eigenschaft desselben Kenntniß hatte, eine Klage zu. Die übrigen Bestimmungen unseres Art. 69 fehlen, insbesondere auch das Verbot, sich beim Abschluß durch Gehülfen vertreten zu lassen; Mot. S. 160 verweisen in dieser Hinsicht auf den Grundsatz vom Mandat. Die Kurtage, die ebenso wie nach dem H.G.B. mit dem Abschluß des Geschäfts verdient ist, hat im Mangel einer Vereinbarung der Auftraggeber zu zahlen. Hat jede der beiden Parteien sich eines M.'s bedient, so entrichtet jede die Hälfte des gewöhnlichen M.lohns.

3) Oesterreichische Entwürfe. Om. 193—212; Or. 194—213. — Die wesentlichsten Besonderheiten sind bereits oben in den Anm. hervorgehoben.

4) Pr. 65—84; E.I 63—83; E.II. 65—83. — Hervorzuheben ist: In Pr. fehlt unser Art. 67²; Pr. 68 und 69 enthalten bei uns fehlende Bestimmungen über die Feststellung der laufenden Preise und Kurse sowie über die Abhaltung öffentlicher Verkäufe durch die Handelsm. In dem unseren Art. 69⁶ entsprechenden Pr. 71⁶ fehlen die Worte „oder deren Bevollmächtigten", s. oben § 57 Anm. 24. Pr. 71⁷ schreibt ausdrücklich die Führung eines Handbuches vor. Der Bestimmung über die Unterzeichnung der Eintragungen im Tagebuch fehlt das „täglich" (unser Art. 71¹). Die Vorschriften über die Form der Eintragung beziehen sich, abgesehen von der Unterzeichnung, nicht blos auf das Tagebuch, sondern auf „die Mäklerbücher". Es ist unbedingt Eintragung in deutscher Sprache erforderlich, Pr. 72. Die Schlußnoten sind den Parteien binnen 24 Stunden nach Abschluß des Geschäfts zuzustellen, Pr. 73¹. Die Bücher des verstorbenen M.'s sind bei Wiederbesetzung der Stelle dem Nachfolger zu übergeben, Pr. 75. Regelmäßig geführte Bücher des M.'s und seine Schlußnoten können als Beweismittel für Abschluß und Inhalt des Geschäfts dienen, Pr. 77¹. Die Befugniß des Richters, die Vorlegung anzuordnen, ist nicht auf das Tagebuch beschränkt, sondern bezüglich „der Bücher" des M.'s ausgesprochen, Pr. 79. Haftung des M.'s für die Echtheit der Unterschrift auf den von ihm übergebenen Wechseln oder Handelspapieren, Pr. 81. Die M.gebühr wird in Ermangelung eines Ortsgebrauches von jeder Partei zur Hälfte gezahlt. Hat jede Partei sich eines besonderen M.'s bedient, so entrichtet jede an ihren M. die Hälfte des M.lohns.

E. I stimmt bereits fast ganz mit dem H.G.B. überein. Von untergeordneten Redaktionsverschiedenheiten abgesehen, ist nur zu erwähnen, daß die Bestimmung über die Ermächtigung der Handelsm. zu öffentlichen Verkäufen wie die Haftung derselben für die Echtheit der Unterschrift auf den übergebenen Wechseln und Handelspapieren beibehalten sind. — In E. II sind diese Bestimmungen beseitigt.

III. Landesgesetzgebung. Sie ist vor Allem in den Einführungsgesetzen, den dazu ergangenen Ausführungsverordnungen und reglementarischen Bestimmungen enthalten. Neuere Spezialgesetze sind die Großh. Hess. V. v. 22. Sept. 1864 (Z. 8. 495), die einzige, die den Handelsm. ein Exklusivrecht einräumte (oben § 57 Anm. 19); G. für Frankf. a. M. v. 9. Decbr. 1864 (Z. 9. 121). Neuerdings kommen noch die Ausführungsgesetze zum G.V.G. hinzu, hierüber Keyßner Z. 25. 449. Ueber den Inhalt der Einf.gesetze s. v. Hahn zu Art. 84. Daß in Baden das Institut der Handelsmäkler gar nicht rezipirt,

Digitized by Google

in Bremen und Hamburg wieder beseitigt ist, vgl. oben § 57, Anm. 34, 35. Für Elsaß-Lothr. sind die Bestimmungen des bisherigen Rechts „über das Börsen- und Mäklerwesen und über öffentliche Waarenverkäufe" beibehalten, soweit nicht die Vorschriften des H.G.B.'s oder der W.O. entgegenstehen (E.G. § 1 Nr. 3).

Außerdem kommen noch die Mäkler- und Börsenordnungen für die im Bereich des H.G.B.'s belegenen Handelsplätze in Betracht. Ein großer Theil derselben ist in der Zeitschr. für H.R. abgedruckt (Gabriel Register S. 108, 258), einzelne Mittheilungen bei Struck S. 211 ff.

Das das Mäklerrecht neu kodificirende österr. G. vom 4. April 1875 ist bereits oben in den Anmerkungen berücksichtigt.

§ 60.

2) Börsen.[1]

1. Die Börsen[2] sind täglich oder doch in kurzen Zwischenräumen sich wiederholende Versammlungen von Kaufleuten und Mäklern behufs des Abschlusses von Handelsgeschäften.[3] Sie bilden einen ständigen Mittelpunkt des Handelsverkehrs oder bestimmter Handelszweige für den betreffenden Handelsplatz. Von den Messen und Märkten unterscheiden sie sich sowohl durch die Häufigkeit ihrer Wiederkehr wie dadurch, daß sie in erster Linie für den Platzverkehr, nicht für den Verkehr mit auswärtigen Händlern bestimmt sind, wie endlich

---

[1]) v. Martens, Heise, Morstadt § 32; Pöhls I S. 326 ff. Endemann § 136; Roscher Nationalökonomik des Handels S. 469 (Abth. I Kap. 14); Grünhut und Struck in den oben § 56 angeführten Abhandlungen. Großmann Die Amsterdamer Börse vor 200 Jahren. Haag 1876. — Ueber Börsen und Marktpreis v. Hahn II (2. Aufl.) S. 166 ff., 343 ff.; Thöl § 252; Laband Z. 9. 265; Keyßner Marktpreis in v. Holtzendorff Rechtslexikon; vor Allem Go. II (2. Aufl.) § 64a. — Fremde Literatur: Pard. I No. 118 ss.; Bédarr. Bourses de c. (2me éd. 1883); Brav. Veyr. II p. 22; Holtius I bl. 156; de Wal I bl. 123; Kist I bl. 105; Vidari I No. 462 ss.

[2]) Ueber die Geschichte der Börsen, namentlich auch über die zweifelhafte Herkunft des Wortes vgl. Grünhut a. a. O., insbesondere in Betreff der französischen Börsen Bed. l. c. No. 4 ss. Auch die übrige Anm. 1 angeführte ausländische Literatur, desgleichen die Schrift von Großmann, enthält geschichtliches Material.

[3]) Die Definition in Co. 71: la bourse de c. est la réunion qui a lieu sous l'autorité du gouvernement, des commerçants, capitaines de navire, agents de change et courtiers ist mit geringen Abweichungen in Pr. 63 und auch in mehreren deutschen B.ordnungen wiederholt, z. B. Köln Z. 6. 142; Memel Z. 9. 331; Danzig Z. 10. 113; Berlin Z. 10. 525; Stuttg. Z. 23 Beil. 346; Frankfurt Bu. 10. 158. — Keine Börse in obigem Sinn ist die Bremer Baumwollenbörse; über dieselbe Z. 23 Beil. 325. Vgl. auch Zus.

Digitized by Google

(zum Unterschied namentlich von den Märkten) dadurch, daß sie vorwiegend den Ausgleich von Angebot und Nachfrage unter Kaufleuten[4]), nicht zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten bezwecken. — Börse heißt übrigens sowohl die Einrichtung im Ganzen wie die einzelne an einem bestimmten Tage stattfindende Börsenversammlung, wie das Lokal, in welchem die Versammlungen abgehalten werden.[5])

2. Die Börsen dienen nur selten unterschiedslos dem gesammten kaufmännischen Verkehr eines Handelsplatzes; in der Regel sind sie auf eine oder mehrere einzelne Arten desselben beschränkt. Bisweilen bestehen an demselben Handelsplatz mehrere Börsen für verschiedene Handelszweige neben einander (Fonds-, Produkten-, Versicherungsbörse).[6]) In Deutschland ist zur Errichtung einer Börse überall Staatsgenehmigung erforderlich.[7]) Nur die auf Grund staatlicher Genehmigung stattfindenden Versammlungen werden als Börse anerkannt,[7a]) andere Versammlungen zu gleichem Zweck (Kulisse, Winkelbörsen) sind unter die allgemeinen Bestimmungen des Vereinsrechts fallende Privatvereinigungen.[8]) Der Geschäftsgang und die Handhabung der Ordnung in den Börsenversammlungen beruhen theils

---

[4]) Wenngleich auch anderen Personen der Zutritt zur Börse Behufs des Geschäftsabschlusses gestattet ist, unten S. 428.

[5]) Nach v. Martens genießt die B. eines eigenen „Burgfriedens". Heise bezeichnet sie als befriedeten Ort, ebenso noch die Bestimmungen des Hamb. Kaufm.konvents von 1867 § 20 (Z. 15. 177); daselbst auch „Börsenfrieden". — Die Eigenschaft einer juristischen Person kommt der Börse auch als einer ständigen Einrichtung in Deutschland wohl nirgends zu, obwohl dies nicht, wie Z. 11. 177 angenommen wird, undenkbar wäre. Das österr. G. v. 1. April 1875 (Z. 21. 255 ff.) kennt § 2^h ein Vermögen der Börse; vgl. Wiener B.O. (Z. 28. 190) § 33^m, 50—52.

[6]) Wo mehrere Börsen bestehen, werden dieselben entweder in verschiedenen Lokalen oder, wie z. B. in Paris und Hamburg, in demselben Lokal zu verschiedenen Zeiten abgehalten. In Berlin, wo nach der B.O. von 1866 nur eine Börse zugelassen werden soll, finden Fonds- und Produktenbörse gleichzeitig im selben Gebäude, aber in verschiedenen, mit einander kommunizirenden Sälen statt.

[7]) Ausdrücklich bestimmt in den E.gesetzen von Preußen Art. 3; Württemb. 12; Braunschw. 2; österr. B.ges. § 1; vgl. auch Anm. 10. Vielfach wird in den B.ordnungen das Erforderniß staatlicher Genehmigung hervorgehoben. Fremdes Recht: Zus. zu d. §.

[7a]) Nach dem Württemb. E.G. 12 wird den betreffenden Vereinen durch landesherrliche Entschließung die Eigenschaft „öffentlicher Börsenvereine" beigelegt.

[8]) Nach dem österr. G. § 1 wird die Theilnahme an einer Winkelbörse mit Geldstrafe bis 1000 Fl. oder Arrest bis 4 Wochen bestraft.

Digitized by Google

auf allgemeinen Gesetzen[9]), theils auf den besonderen Börsenordnungen und Statuten, die in der Regel von den Organen der Kaufmannschaft festgestellt, aber ebenfalls staatlich genehmigt sind.[10])

3. Die Börsen sind im Allgemeinen Jedermann zugänglich.[11]) In den Börsenordnungen wird indeß die Befugniß zum Besuch derselben häufig an gewisse Bedingungen (Entrichtung einer Börsensteuer, Zahlung eines Eintrittsgeldes) geknüpft.[12]). Frauen, Entmündigte, Gemeinschuldner, sowie solche, die ihren Verbindlichkeiten aus Börsen- oder Handelsgeschäften nicht entsprechen, bescholtene Personen u. a. pflegen ausgeschlossen zu sein.[13]) Den Personen, die sich gegen die Börsenordnung vergehen, kann nach den meisten Börsenordnungen das Recht des Börsenbesuches zur Strafe auf kürzere oder

---

[9]) Ein Spezialgesetz für die Börsen, wie das mehrerwähnte österr. G. vom 1. April 1875, giebt es m. W. in keinem Staat des D. Reiches.

[10]) Das Erforderniß staatlicher Genehmigung für die Börsenordnungen gilt in allen deutschen Staaten, ebenso in Oesterreich. Ausdrücklich geschieht desselben Erwähnung im Preuß. E.G. 3; Württemb. 12; Braunschw. 2; Hannov. 5; Mecklenb. 6; Oesterr. B.G. 2. Im Ganzen haben die B.ordnungen folgenden Inhalt: Bestimmungen über das Recht zum Börsenbesuch; Entrichtung der Börsensteuer; Bestimmung der Börsenzeit, deren Beginn und Ende in der Regel durch ein Glockenzeichen angegeben wird; Handhabung der B.polizei; Anordnungen über den Geschäftsgang; B.schiedsgericht; Einrichtungen Behufs Feststellung der laufenden Preise. Nach dem Preuß. E.G. dürfen die B.ordnungen keine privatrechtlichen Bestimmungen enthalten.

[11]) Also auch Nichtkaufleuten. Struck S. 115. Hamb. 19 (Z. 15. 177): „Der Zutritt steht dem gesammten anständigen männlichen Publikum frei". — Berlin 2 (Z. 10. 525); Leipzig 3 (Z. 15. 517); Stuttg. 2 (Z. 23 Beil. 346); Frankf. 2 (Bu. 10. 158). Bisweilen bedürfen Fremde einer Einführung. Nach der Bremer B.O. (Z. 12 Beil. 168) ist die B. nur eine Versammlung der Kaufmannschaft. — Als ein öffentlicher Ort eignet sich die B. vorzugsweise zu Bekanntmachungen, die für den Handel von Interesse sind. Anschlag an der B. war im Pr. L.R. mehrfach vorgeschrieben, II. 1 § 423; II. 8 § 503 ff., 618 ff., 658 ff.; vgl. auch Preuß. E.G. 20. Das H.G.B. kennt diese Art der Veröffentlichung nicht.

[12]) Struck a. a. O.; vgl. zu den dort angeführten auch Wiener B.O. § 6 ff. (Z. 28. 191).

[13]) Oesterr. G. § 5; Nachtr. III zur Berl. B.O. (Z. 22. 244); Struck Anm. 203. Frauen haben wohl von jeher keinen Zutritt zur B. gehabt; a. M. Pöhls S. 326. Die Gemeinschuldner sind gegenwärtig während der Dauer des Konkurses ausgeschlossen; nach den älteren B.ordnungen währte die Ausschließung vielfach bis zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Rehabilitation). — Es bedarf kaum der Erwähnung, daß die obigen Kategorien sich nicht in allen B.ordnungen unverändert wiederfinden.

Digitized by Google

längere Zeit entzogen werden.[14]) Als eine Pflicht ist der Besuch der Börse den Handelsmäklern vorgeschrieben.[15])

4. An der Börse bilden sich leicht Usancen in Bezug auf Eingehung, Inhalt und Wirkung der Börsengeschäfte. Dieselben sind nur zum kleineren Theil Handelsgewohnheitsrecht, zum größeren Theil Handelsgebräuche im weiteren Sinn, die nur dann für die Beurtheilung der Börsengeschäfte in Betracht kommen, wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend auf sie Bezug nehmen.[16]) Insbesondere gehören dahin die Bedingungen für den Abschluß der Börsengeschäfte, die in den an der Börse gebräuchlichen Schlußscheinen oder Schlußzetteln enthalten sind.[17]) Diese Bedingungen sind maßgebend für alle Geschäfte, in Betreff deren ersichtlich ist, daß die Parteien sich den Börsenusancen unterwerfen wollen, auch dann, wenn das Geschäft nicht an der Börse und nicht unter Anwendung eines Schlußscheinformulars abgeschlossen ist.[18])

5. Die Mehrzahl der Börsengeschäfte sind Kaufverträge über gewisse Waarengattungen.[19]) Börsenwaaren sind außer Effekten vorzugsweise Sachen, die leicht transportirbar sind, allgemeine Bedürfnisse befriedigen und bei denen nur die Menge oder einfache Werthsab-

---

[14]) Abnorm ist die Bestimmung im Nachtr. III zur Berl. B.O. (Z. 22. 245), wonach gegen Rückfällige oder unter besonders erschwerenden Umständen sogar eine lebenslängliche Ausschließung verhängt werden kann. Das österr. G. § 17 läßt nur eine zeitweise Ausschließung, aber ohne Maximalgrenze, zu. Im Gegensatz hierzu kennen ältere deutsche B.ordnungen vielfach nur eine Entfernung des Störers aus der jeweiligen B.versammlung.

[15]) Oesterr. M.G. Art. 69[8]; Berlin M.O. 6 (Z. 10. 533); Köln B.O. 6 (Z. 6. 143); Leipz. M.O. 8 (Z. 15. 514) u. öfter.

[16]) Ein eignes Verfahren, um Börsenusancen einzuführen, bezw. schwankende Usancen im Börsenverkehr zu fixiren, enthalten die Bestimmungen für den Hamb. Kaufm.konvent § 16 (Z. 15. 175) und die Leipz. B.O. § 14 (Z. 15. 519); vgl. oben § 18[14], Go. I S. 334 Anm. 28[f], auch Z. 20. 234 (Publikation der B.usancen in New-York).

[17]) Dasselbe gilt aber auch von den nicht in die Schlußscheine aufgenom. Usancen.

[18]) Unbekanntschaft der Kontrahenten mit der Usance schließt die Anwendbarkeit nicht unbedingt aus, oben § 18[11].

[19]) Zum Folgenden Go. II a. a. O. Das im Text in Betreff der Kaufgeschäfte Bemerkte läßt sich übrigens analog auch auf andere Börsengeschäfte anwenden. Auch bei diesen handelt es sich um wirthschaftliche Güter, deren Preis sich nach Angebot und Nachfrage regulirt und für die aus einer größeren Zahl gleichzeitiger und gleichartiger Geschäfte ein Durchschnittspreis erwächst. Beispiele: Report und Deport, Diskonto, Schiffsfrachten, Assekuranzprämien.

Digitized by Google

stufungen in Betracht kommen. Solche Waaren sind besonders geeignet, zu Gegenständen der Spekulation gemacht zu werden.[20]) Der Durchschnittspreis, der sich aus sämmtlichen an dem gleichen Tage über dieselbe Waare an der Börse abgeschlossenen Verkäufen ergiebt, ist der **Börsenpreis** dieser Waare, wenn es sich um Geldsorten oder Effekten handelt, auch **Börsenkurs** genannt.[21]) An den meisten Börsenplätzen bestehen amtliche Einrichtungen, um denselben festzustellen; regelmäßig werden zu diesem Behuf nach Schluß der Börse die Handelsmäkler durch einen vom Vorstand der Kaufmannschaft oder vom Börsenvorstand hiermit beauftragten Kommissar versammelt und die Ermittelung des Durchschnittspreises erfolgt auf Grund der Angaben der Handelsmäkler über die von ihnen vermittelten Geschäfte.[22]) Das Ergebniß wird in den Preiskouranten, Preislisten, Kurszetteln veröffentlicht. Die amtlichen Verzeichnisse dieser Art genießen öffentlichen Glauben.[23]) Der Börsenpreis ist eine Art des Marktpreises.[24]) Ein Marktpreis bildet sich überall, wo für eine

---

[20]) Die Börsenordnungen, namentlich der Effektenbörsen, enthalten häufig Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Effekten im amtlichen Preiskourant notirt (oder französisch: cotirt) werden dürfen. Alsdann sind nur solche Waaren, hinsichtlich deren diese Voraussetzungen erfüllt sind, als börsenfähig anzusehen, Z. 9. 156 f. Derartige besondere Voraussetzungen bestehen nicht hinsichtlich inländischer öffentlicher Fonds. — Waaren, die lediglich an Winkelbörsen (oder in Börsenwinkeln, corners!) gehandelt werden, sind demnach niemals Börsenwaaren, ebenso wenig solche Waaren, die durch Verbotsgesetze dem Handel oder dem B.verkehr entzogen sind.

[21]) Go. II S. 102.

[22]) Go. a. a. O. S. 108 f. Anm. 36—38. Wo keine Handelsmäkler existiren, wie in Hamburg und Bremen, werden einzelne Vermittler als Sachverständige zugezogen. Auch die Handelsmäkler fungiren bei der Feststellung der Kurse nur als Sachverständige, bezw. Auskunftspersonen; die Feststellung selbst erfolgt durch den oder die hierzu beauftragten Kommissarien. Nach der Berliner und anderen neueren B.- und Mäklerordnungen haben schon während der Börse die Mäkler den Kurs oder Preis der von ihnen vermittelten Geschäfte laut zu verkünden, worauf derselbe in ein zu allgemeiner Einsicht aufliegendes Börsenbuch eingetragen wird. Vgl. z. B. Nachtr. z. Berl. M.O. § 6ᵃ (Z. 20. 249). An den meisten deutschen Börsen werden bei den Preisnotirungen nur die s. g. Kassageschäfte (Tageskäufe), nicht Lieferungsgeschäfte berücksichtigt, **Struck** a. a. O. S. 39 ff.

[23]) Go. S. 107 Note 31 ff.; **Thöl** a. a. O.; R. 2. 47 (194). Beweis der Unrichtigkeit ist vorbehalten. Ueber die Beweiskraft von Privatlisten s. **Thöl** a. a. O.

[24]) **Marktpreis**: R. 2. 47 (194); 4. 1 (4); 7. 43 (174); 8. 23 (100); 9. 38 (129); 12. 6 (21); 14. 3 (7); 17. 65 (305); Z. 9. 156, 157, 577, 579; 12. 238; 14. 262; 15. 510; 18. 274; 275; **oben** Anm. 1.

Digitized by Google

Waare ein Markt im weiteren Sinne[25]) vorhanden ist, d. h. wo über eine bestimmte Waare zu gleicher Zeit und an dem gleichen Ort eine größere Zahl von Geschäften geschlossen werden, vorausgesetzt daß der mehrfache Umsatz nicht auf einer blos zufälligen Konjunktur, sondern auf einer dauernden oder doch periodisch wiederkehrenden Verkehrsgestaltung beruht. Marktpreis oder laufender Preis ist auch in diesem Fall der Durchschnittspreis, der sich aus den gleichzeitigen über die Waare geschlossenen Verkäufen ergiebt.[26]) Er bringt den Handelswerth der Waare für den betreffenden Zeitpunkt zum Ausdruck; sein Gegensatz ist der bei einem einzelnen Verkauf erzielte Gelegenheitspreis.[27]) Auch außerhalb der Börse bestehen für die Feststellung des Marktpreises bisweilen amtliche Einrichtungen und werden amtliche Marktberichte ausgegeben; ist dies nicht der Fall, so muß derjenige, der sich auf den Marktpreis beruft, sowohl das Vorhandensein eines solchen wie die Höhe desselben darthun.[28])

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebung. 1) Frankreich. Co. 71—73, dazu namentlich arrêté 27 prair. X (auch für das Mäklerrecht wichtig, oben Zus. I zu § 59). — Börsen können nur mit Staatsgenehmigung errichtet werden. Betheiligung an Winkelbörsen ist strafbar; über die Erfolglosigkeit dieser Verbote Grünhut Mäklerr. Anm. 16. Der Zutritt zur B. ist Frauen, den nicht zum Handelsbetrieb ermächtigten Minderjährigen, falliten Kaufleuten bis zur Rehabilitation, Pfuschmäklern versagt, sonst Jedermann, auch Fremden gestattet. Der Kurs der Effekten, Wechsel, Geldsorten und edlen Metalle wird börsentäglich festgestellt. Zu diesem Behuf werden am Börsenschluß die agents de ch. vom syndic versammelt und es erfolgt auf Grund ihrer Angaben durch den syndic und 6 Beigeordnete desselben die Feststellung. Die Feststellung des laufenden Preises der Waaren und Assekuranzprämien geschieht in ähnlicher Weise durch die courtiers, aber nur einmal wöchentlich (in Paris Donnerstags). Bei Feststellung der Waarenpreise werden nach dem G. von 1866 (oben S. 419) nur eingeschriebene M. zugezogen. Nach Co. 72 soll auch der Durchschnittspreis der See- und Binnenfrachten notirt werden; über die Art, wie derselbe ermittelt wird, fehlt es in der

---

25) Markt im e. S. = mercatus, das Zusammentreffen von Käufern und Verkäufern als örtliche Einrichtung.

26) Kontrahiren zum Markt- und Börsenpreis Art. 353. Rechtssätze, die sich an den Begriff des Marktpreises knüpfen, Go. S. 104[26]. Zur Redaktionsgeschichte des Art. 353 Auerbach Arch. f. W.R. 11 S. 354 ff.

27) Die Identität von Marktpreis und gemeinem Handelswerth oder Handelswerth im Sinn des Art. 396 hat Go. a. a. O. Anm. 13 dargethan. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine Waare an demselben Ort einen verschiedenen Marktpreis im Groß- und Detailhandel hat.

28) Eideszuschiebung ist unstatthaft, Z. 12. 238; C.Pr.O. 410, dazu Seuffert Komm. (2. Aufl.) S. 514.

Digitized by Google

mir zugänglichen Literatur an Mittheilungen. Die Kurse werden in bulletins aufgenommen, die amtlich publicirt werden (bulletin officiel des agents de ch., des courtiers), außerdem in beglaubigter Form der Polizeibehörde einzureichen und an der B. (dans le lieu le plus apparent) anzuschlagen sind. Die Aufnahme in das bulletin heißt côter, la côte. Sie erfolgt ohne Weiteres in Betreff der effets publics, bezüglich der übrigen Effekten dagegen nur, wenn sie für susceptibles d'être côtés erachtet werden. Die Entscheidung hierüber scheint dem vorgedachten Komité (syndic und adjoints) zuzustehen; allgemeine Bedingungen der Zulassung sind in Betreff ausländischer Eisenbahnaktien vorgeschrieben (Dekr. 22. Mai 58; 16. Aug. 59; Z. 2. 392; 3. 325). — Früher wurde in den Bulletins nur das Tagesgeschäft berücksichtigt; seit 1845 findet auch der Kurs der Zeitgeschäfte Aufnahme. Wo es auf den B.Kurs ankommt, entscheidet der amtlich festgestellte Kurs, ohne daß von einem Gegenbeweis die Rede ist. So namentlich bei den Verkäufen zum Mittelkurs (cours moyen, hierüber Béd. 118) oder zum B.preis eines bestimmten Tages, ferner wenn als Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Börsenpreis am Stichtag gefordert wird. Ebenso im Fall des Rückwechsels, Co. 178 ss. sowie für die Umrechnung des in fremder Währung angegebenen Versicherungswerthes, Co. 338. Eine Bestimmung (wie unser Art. 353) über Begriff und Ermittelung des Marktpreises, da wo eine B. oder sonstige entsprechende örtliche Einrichtungen nicht vorhanden sind, ist im Co. nicht enthalten. — Eine für das Geschäft in öffentlichen Effekten bestimmte, im J. 1774 zunächst für Paris geschaffene Einrichtung ist das Parket, d. i. ein durch eine Barrière abgegrenzter Raum im B.saal, in welchem sich die agents de ch. befinden. Der Preis, zu dem die einzelnen Geschäfte abgeschlossen werden, wird alsbald durch einen Ausrufer laut verkündet (la criée). Die Agenten sollen nur während der B.stunden und nur im Parket Geschäfte in effets publics machen, und lediglich diese Geschäfte kommen bei Feststellung des B.kurses in Betracht. Auch diese Vorschrift wird aber nicht streng beobachtet. Die Einrichtung eines Parkets an anderen Börsen kann durch Dekret des Staatsoberhauptes verfügt werden. In einem etwas abgeleiteten Sinn wird unter Parket die offizielle B. überhaupt verstanden, im Gegensatz zur Kulisse, d. i. la réunion de spéculateurs qui négocient entre eux ou par l'intermédiaire d'agents de ch. non commissionés.

2) Spanien. An den bedeutenderen spanischen Handelsplätzen existirten von Alters her Räumlichkeiten, in denen die Kaufleute zum Abschluß von Handelsgeschäften zusammentraten, casas de contratacion, lonjas (der Name bolsa, d. i. Börse, ist erst später üblich geworden). Die älteste war die casa di c. von Barcelona, zu deren Errichtung schon 1339 eine königliche Ermächtigung ertheilt wurde und die anderen Städten zum Vorbild gedient hat. Der codigo di c., der diesen Zustand vor Augen hatte, enthält daher keine Vorschrift über die Errichtung der Börsen, sondern beschränkt sich auf die Bestimmung, daß der sindico und die Beisitzer des Mäklerkollegiums auf die Fernhaltung unbefugter Vermittler von der B., sowie auf Aufrechthaltung der Ordnung während der B. sehen und die B.kurse feststellen sollen. Sie sollen nach Einsicht der von den einzelnen Mäklern überreichten Berichte la nota general anfertigen, die an der B. anzuschlagen und in einem beglaubigten Exemplar dem Gouverneur der Provinz einzusenden ist, art. 69, 115. — Später erschien eine umfassendere gesetzliche Rege-

Digitized by Google

lung der Materie nothwendig, und nach verschiedenen Gesetzen von kürzerer Dauer wurde das zunächst für die Börse von Madrid bestimmte, aber auch allgemeine Vorschriften enthaltende G. v. 8. Februar 1854 gegeben, welches im Wesentlichen dem französischen Recht entspricht. (Ueber die durch dieses G. geschaffenen agentes de c. s. oben Zus. I zu § 59.) Insbesondere ist danach die staatliche Genehmigung zur Errichtung einer B. erforderlich. Die Betheiligung an Winkelbörsen ist nicht nur strafbar, sondern die auf denselben geschlossenen Geschäfte sind auch ungültig. Bei Feststellung der Kurse sollen mindestens drei Mitglieder der junta sindical mitwirken. Das Ergebniß wird in dem offiziellen Kursbericht (boletin de cotization) zusammengestellt. Niemand außer der junta darf einen solchen Kursbericht veröffentlichen. Zu diesem G. sind verschiedene Ausführungsverordnungen ergangen. — Durch das oben erwähnte Dekret vom J. 1868, welches die Freiheit des Mäklergewerbes aussprach (oben Zus. I zu § 59 S. 421), wurde auch die Errichtung der Börsen freigegeben; indeß fand auch in dieser Hinsicht 1874 die Rückkehr zum früheren Recht statt. Noch gegenwärtig gilt demnach das vorerwähnte G. von 1854, obwohl dasselbe sich selbst als ein provisorisches bezeichnet.

3) Portugal. Die B. heißt praça de commercio (wörtlich: Handelsplatz) oder bolça. Die hiervon handelnden art. 97—99 stimmen im Allgemeinen mit Co. 71—73. In der Definition der B. (art. 97) wird des Erfordernisses der Staatsgenehmigung nicht gedacht, welches aber wohl zu suppliren ist. Bezüglich der Feststellung der B.kurse wird außer den B.ordnungen auf die Ortsgebräuche verwiesen, art. 98. Die Festsetzung der B.stunden und die sonstigen Bestimmungen polizeilicher Natur sind dem Präsidenten des Oberhandelsgerichts vorbehalten, art. 99, 1011[2]. Ein von demselben entworfenes, mit königlicher Sanktion versehenes Reglement für die B. des Königreichs enthält das Dekret v. 16. Jan. 1837.

4) Holland. 59—61. Die Erlaubniß zur Errichtung von Börsen, der Erlaß von B.ordnungen und die Handhabung der B.polizei steht der Ortsbehörde zu. In Betreff der Kursfeststellungen ist auch hier neben den Reglements auf die Ortsgebräuche hingewiesen. Vorschriften der niederländ. Gesetze, die auf den B.kurs Bezug nehmen, bei de Wal I bl. 127.

5) Belgien. Art. 61—63. Staatsgenehmigung ist zur Errichtung einer B. nicht erforderlich. Die Handhabung der B.polizei liegt der Gemeindebehörde ob. Der B.kurs wird durch eine Kommission von 6 bis 15 Mitgliedern festgestellt, die ebenfalls vom Gemeinderath ernannt werden. Die Ernennung erfolgt für die Dauer von drei Jahren auf Grund einer Vorschlagsliste, die vom Handelsgericht und der Handelskammer aufzustellen ist und die doppelte Zahl der zu Ernennenden enthalten muß. Alle Jahr scheidet ein Drittel der Mitglieder aus; die Ausgeschiedenen können erst nach Ablauf eines Jahres wieder ernannt werden.

6) Italien. Das bisherige G.B. Art. 28—31 stimmte mit dem französischen Recht überein. In dem H.G.B. von 1882 wird Art. 2 auf Spezialgesetze und Reglements verwiesen. Außerdem gehört noch hierher Art. 697, der die im Album der Falliten verzeichneten Personen von der B. ausschließt, und Art. 38, wonach da, wo es auf den laufenden Preis (il prezio giusto o il prezio corrente, nach Vidari gleichbedeutend mit prezio di mercato) von Waaren, Frachten und Versicherungsprämien, sowie auf den Kurs von Wechseln und Effekten ankommt, der Preis der amtlichen Verzeichnisse des Erfüllungsortes oder in Ermangelung solcher des nächstgelegenen B.platzes entscheiden, aber auch eine Berufung auf andere

Digitized by Google

Beweismittel nicht ausgeschlossen sein soll. — Die B.ordnungen der hauptsächlichsten ital. Handelsplätze bei Supino, Le operazioni di borsa, app. II.

7) Gar keine Bestimmungen über B. enthalten das ungar. und schweiz. G.B. Ersteres erklärt in dem unserem Art. 353 entsprechenden § 339 Mangels einer anderweiten Uebereinkunft für maßgebend den am Ort und zur Zeit der Erfüllung „notirten mittleren Preis" oder falls eine solche Preisnotirung am Erfüllungsort nicht besteht, den notirten mittleren Preis des zunächst gelegenen Marktes. Der Nachweis eines von dem notirten abweichenden Mittelpreises ist vorbehalten. — Das Schweiz. G. bestimmt im § 261, daß bei fester Bestellung ohne Preisangabe im Zweifel angenommen werden soll, es sei der zur Zeit und am Ort der Erfüllung geltende mittlere Preis gemeint. — Vgl. Budapester B.usancen Z. 28. 247; B.O. für Genf Z. 12 Beil. 169.

8) In England sind die Börsen freie Vereinigungen, die auf autonomischer Grundlage beruhen. London besitzt verschiedene Börsen, so namentlich das Royal exchange, die Kaufmannsbörse, für das Wechsel- und das Waarengeschäft bestimmt, und das stock exchange, die Fondsbörse. Ueber die Einrichtung der letzteren ausführliche Nachricht bei Struck a. a. O., vgl. auch Z. 25. 211; 27. 634 ff. Der wesentlichste Unterschied derselben von den kontinentalen Börsen besteht darin, daß sie nicht eine Jedermann zugängliche Versammlung, sondern ein geschlossener Verein ist, zu welchem nur die in dealers und brokers (oben S. 423 f.) geschiedene Mitglieder Zutritt haben. Daraus ergiebt sich die Möglichkeit einer starken Kontrole der Gesammtheit über die einzelnen Mitglieder, aber andererseits auch die Gefahr einer Beförderung des Cliquenwesens, die neuerdings als Uebelstand lebhaft empfunden worden ist und zu Parlamentsuntersuchungen Veranlassung gegeben hat; hierüber außer den Genannten noch Ehrenberg Die Fondsspekulation. Berlin 1883. S. 172 ff., 222.

II. Entwürfe. Weder im W noch in den österr. Entwürfen finden sich hierher gehörige Bestimmungen; die Mot. zu W S. 101 begründen die Uebergehung damit, daß es bisher in Württemberg noch keine Börsen gegeben habe und daß eventuell die nöthigen Verordnungen im Verwaltungswege erlassen werden könnten. Er. Tit. 4 Art. 1—3 und Pr. Art. 63, 64 enthalten kurze von den B. handelnde Abschnitte. Die betr. §§ von Pr. sind aber bereits in 1. Les. durch den Stichentscheid des Präsidenten, weil lediglich administrativer Natur, gestrichen worden, Prot. 109 ff.

Auch die E.gesetze befassen sich nur in geringem Umfang mit der B. Nach Preußen 3 kann die Errichtung einer B., die Feststellung, Abänderung und Ergänzung der B.ordnungen nur mit Genehmigung des Handelsministers erfolgen. Die B.ordnungen sollen insbesondere über Feststellung der B.kurse und die Veröffentlichung der amtlichen Kurslisten bestimmen; sie dürfen keine privatrechtliche Bestimmungen enthalten. — Württemb. 12 verlangt zur Feststellung von B.preisen im Sinn des H.G.B.'s einen Verein von Kaufleuten, welchem durch landesherrliche Entschließung die Eigenschaft eines öffentlichen B.vereins beigelegt ist (vgl. B.O. für Stuttg. Z. 23 Beil. 345). Hannov. 5, Mecklenb. 6 und Braunschw. 2 beschränken sich darauf, zum Erlaß und zur Abänderung von B.ordnungen (Braunschweig auch zur Errichtung einer B.) die Genehmigung der Regierung für erforderlich zu erklären. In Elsaß-Lothringen sind die Bestimmungen des französischen Rechts über das B.wesen in Kraft geblieben, E.G. § 1 Nr. 3, vgl.

Digitized by Google

oben S. 431 f. — Ausführlichere Bestimmungen auch über B.geschäfte und Mäklerrecht enthielten die vor Einführung des H.G.B.'s ergangenen österr. Gesetze über die Wiener Geldbörse v. 11. Juli 1854 und über die Waarenbörse v. 26. Febr. 1860 (über letzteres Ges. Z. 3. 534). Durch § 28 des österr. E.G.'s sind beide Gesetze insoweit aufgehoben worden, als sie Gegenstände betrafen, die durch das H.G B. geregelt sind. Demnächst hat das neue G. betr. die Organisirung der Börsen vom 1. April 1875 (Z. 21. 255) die gedachten beiden Gesetze vollständig außer Kraft gesetzt, zugleich aber einen großen Theil der früheren, und zwar auch der bereits aufgehobenen Bestimmungen übernommen. Insbesondere befaßt auch dieses G. nicht blos die B. als öffentliche Einrichtung, sondern auch Börsengeschäfte und B.schiedsgerichte. Zur Errichtung einer B., ebenso zur Feststellung und Abänderung des B.statuts ist die Genehmigung des Handels- und Finanzministers erforderlich, die bezüglich der Errichtung nach Anhörung der Handels- und Gewerbekammer zu ertheilen ist. Die B. steht unter der nach Maßgabe des Statuts zusammengesetzten B.leitung, der aber wiederum die staatliche Beaufsichtigung übergeordnet ist. Die Theilnahme an Winkelbörsen ist strafbar, oben Anm. 6.

Eine große Zahl B.ordnungen für einzelne Handelsplätze wird in Goldschmidt's Zeitschr. mitgetheilt. Der Inhalt derselben ist z. Th. oben in den Anm. berücksichtigt.

Digitized by Google

Drittes Buch.

Das Gesellschaftsrecht.

§ 61.

Uebersicht.

I. Das H.G.B. unterscheidet Handelsgesellschaften[1]) und Gesellschaften, die dem Handelsrecht angehören, ohne Handelsgesellschaften zu sein.[2]) Erstere werden im zweiten, letztere im dritten Buch des G.B.'s geregelt.[3]) Zu jenen gehören: a) die offene Handelsgesellschaft;

[1]) Abgesehen von Lehrbüchern und Kommentaren sind als Darstellungen des gesammten H.gesellschaftsrechts zu nennen: Schiebe Lehre von den H.gesellschaften, nach französ. Quellen, Leipz 1841 (in neuer Titelausg. 1845). Auerbach Das Gwesen in juristischer und volkswirthsch. Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des allg. D.H.R's, Frankf. 1861. Strey Das D. H.gesellschaftsrecht, Berlin 1873 (unvollendet). Die sonstige deutsche Literatur bezieht sich auf einzelne Hg.en oder auf einzelne Punkte des G.rechts und ist im Verlauf der Darstellung zu erwähnen. — Die früher übliche Bezeichnung der Handelsgesellschaft, vorzugsweise der offenen Hg., Maskopei, ist nach der Mittheilung meines Kollegen, Herrn Professor F. Vogt, genau dasselbe Wort wie das heutige holländische maatschappij. Beide haben nichts mit der Magenschaft zu thun, mit der sie z. B. noch Schmidt Hg.en in den D. Str.qu. des M.A's S. 44 in Zusammenhang bringt, sondern sind, worauf auch schon von anderer Seite hingewiesen, von dem mittelhochd. maz, niederd. mat, Speise herzuleiten, haben also ihrer Wurzel nach eine ganz ähnliche Bedeutung wie das romanische Compan, Compagnie, vgl. Littré zu d. W., auch Kuntze Z. 6. 212; Lastig Z. 24. 442 Anm. 2. Bemerkenswerth ist, daß wie die Maskopei und Compagnie auf ein commensalitium, so die Gesellschaft (abzul. von sal, Wohnung) auf ein contubernium hindeutet.

[2]) Es ist derselbe Unterschied wie zwischen sociétés und associations commerciales im Co. Ebenso, z. Th. in noch schärferer Ausprägung als im franz. Recht, wird im span., holländ., belg. und ital. H.G.B. unterschieden. Alterthümlich und an die Anschauung erinnernd, welche die großen Handelskompagnien ganz aus dem Bereich der Handelsgesellschaften und des Privatrechts aussondert, ist die Scheidung des engl. Rechts in partnerships und companies. Vgl. Zus. I.

[3]) Die Bezeichnung der Handelsgesellschaften im deutschen H.G.B., wie in sämmtlichen neueren G.büchern ist limitativ. Nur die gesetzlich als solche anerkannten Gesellschaften sind Handelsgesellschaften. Nicht aber ist die Aufzählung in dem Sinne erschöpfend, daß jede Betheiligung mehrerer Personen an einem Handelsgeschäft nothwendig „unter eine der im H.G.B. behandelten Gesellschaftsformen zu subsumiren" sein müßte. So enthält die Abrede, daß das von einem

Digitized by Google

b) die Kommanditgesellschaft, zerfallend in die einfache Kommanditgesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien; c) die Aktiengesellschaft; zu diesen die stille Gesellschaft und die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.[4])

II. Die Handelsgesellschaften des H.G.B.'s sind auf Gesellschaftsverträgen beruhende Vereine zum gemeinsamen gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften.[5]) Darin liegt: 1) Sie sind ebenso wie die im dritten Buch behandelten Gesellschaften ihrer Entstehung nach auf einen Gesellschaftsvertrag zurückzuführen; 2) sie sind nicht bloß Gesellschaften, sondern auch Vereine, d. h. ihr Wesen erschöpft sich nicht in dem unter den Sozien bestehenden Vertragsverhältniß, sondern die Vereinigung selbst hat den Gesellschaftern wie Dritten gegenüber rechtliche Existenz[6]); 3) sie müssen auf den Betrieb eines Handels-

---

Einzelkaufmann betriebene Handelsgeschäft von der Wittwe und den Kindern nach den Regeln der fortgesetzten Gütergemeinschaft fortgeführt werden solle, weder die Errichtung einer offenen, noch überhaupt einer Handelsgesellschaft, obwohl eine gewisse Analogie mit der Kommanditgesellschaft vorhanden ist, R. 23. 57 (166); anders B u. 2. 169; Anschütz II. S. 83. Vgl. auch den Bu. 6. 160 ff. mitgetheilten Fall eines auf die Wittwe und die Kinder vererbten, von ersterer kraft des ihr vermachten Nießbrauches fortgesetzten Handelsgeschäftes. Fortsetzung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Miterben unter der Firma des Erblassers R. 11. 37 (102), vgl. Z. 11. 526. — Außerdem Bu. 13. 184; 15. 116; 12. 248; Z. 6. 571; 15. 211; Seu. 26. 153; 32. 161; 35. 305; Scheffer u. Groß Repertorium S. 116. — Ueber eine andere eigenthümliche Bildung auf dem Gebiet des G.rechts Reuling Z. 13. 167.

[4]) System der Entwürfe und fremden Gesetzgebungen s. Zus. Es steht nicht im Widerspruch mit dem H.G.B., daß, sofern dies nach bürgerlichem Recht statthaft ist, auch andere als Handelsgesellschaften die Formen der letzteren annehmen, vgl. Z. 6. 550 (Köln 59). Daher sind die Bestimmungen des Brem. E.G.'s § 21, jetzt des G. v. 4. 6. 79 (Z. 26. 232), und des Oldenb. E.G.'s Art. 20, welche die Vorschriften des zweiten Buchs des H.G.B.'s auf alle Erwerbsgesellschaften ausdehnen, keine Abänderungen des H.G.B.'s; vgl. auch Württemb. 4 und Anm. 7.

[5]) Es mag darauf hingewiesen werden, daß in den obigen Sätzen zunächst nur eine Beschreibung, keine juristische Konstruktion der Handelsgesellschaften gegeben werden soll. Die Begründung des Vorstehenden muß sich aus der folgenden Darstellung ergeben. Ueber die Frage nach der Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaften s. § 62.

[6]) Aus der neueren deutschen Literatur ist hier namentlich auf die gehaltvollen Ausführungen von Gierke Genossenschaftsrecht Bd. I S. 981 ff. zu verweisen, vgl. auch dess. Werk Bd. II S. 916, 926[2], 956; Bd. III S. 423 f., 818 f. Nicht uneben bezeichnet den Gegensatz des römischen Rechts, welches die Gesellschaft lediglich als Vertrag auffaßt, zum Wesen der Handelsgesellschaften das bekannte Wort von Frémery Études de dr. comm. p. 31: il y avait des associés, mais il n'y avait point de société.

Digitized by Google

gewerbes, nicht bloß auf einzelne Handelsgeschäfte, gerichtet sein. Nach Art. 10 muß der Betrieb überdies den Umfang des Kleingewerbes überschreiten.[6a]) Seit der Novelle vom 11. Juni 1870 gilt indeß das dritte Erforderniß nur noch für die offene Gesellschaft und die einfache Kommanditgesellschaft, während die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft gegenwärtig, ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens Handelsgesellschaften sind.[7])

III. Die Klassifikation[8]) der Handelsgesellschaften im H.G.B. beruht auf der verschiedenartig abgestuften Haftung der Mitglieder für die Gesellschaftsschulden, oder was hiermit zusammenfällt, auf dem Maße, in welchem die Persönlichkeit der Mitglieder von der durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vereinigung ergriffen wird. An der offenen Gesellschaft nehmen sämmtliche Mitglieder mit ihrer ganzen Persönlichkeit Theil, haften daher auch solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen für die Gesellschaftsschulden. Bei der Kommandit-Gesellschaft findet eine solche Theilnahme nur seitens einzelner Mitglieder (der Komplementäre) statt, während die Kommanditisten sich nur mit Vermögenseinlagen betheiligen und nur mit diesen den Gesellschaftsgläubigern verhaftet sind. Die Aktiengesellschaft ist eine rein auf Vermögenseinlagen gegründete Vereinigung. Mit diesem Unterschied kreuzt sich ein anderer. Bei der Aktiengesellschaft und ebenso rücksichtlich der nur mit Vermögenseinlagen betheiligten Gesellschafter bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien tritt die Persönlichkeit der

---

[6a]) Die Frage, ob eine H.g. vorliegt, wird demnach vielfach von der Entscheidung darüber, ob die betriebenen Geschäfte als Handelsgeschäfte anzusehen sind, abhängen. Dahin gehörige Fälle Seu. 27. 46; R. 15. 67 (237); R. civ. 6. 2 (4). Die Anm. zu letzterer Entsch. S. 9 ff. polemisirt gegen eine weder von Thöl, noch von mir aufgestellte Ansicht. Ueber die Frage, ob und in welchen Fällen die nicht eingetragenen Genossenschaften als H.gen. zu betrachten sind, Anschütz Komm. II S. 18 ff., v. Sicherer Genossensch. S. 121. Vermöge der Richtung auf den Betrieb eines Handelsgewerbes sind die H.gen. stets generelle Gesellschaften. — Eine G., die nicht an sich H.g. ist, kann diese Eigenschaft nicht durch Eintragung in das H.register erlangen, Seu. 27. 46.

[7]) Oben S. 194. Schon vor der Novelle waren partikularrechtlich alle Kommanditaktien- und Aktiengesellschaften den Bestimmungen des H.G.B.'s unterstellt worden, außer den Anm. 4 angeführten durch die E.gesetze von Hamb. 24, Hannov. 20, Lippe-Detm. 16, Mecklenb. 3 § 3; hierzu Hahn S. 597. — Vgl. auch Zus. am E. d. §.

[8]) Andere Klassifikationsversuche s. bei Lastig in Endem.'s Handb. I § 76. Ueber seine eigene, ebendas. § 77 näher begründete Systematik vgl. Gierke Z. 27. 608 ff.

Digitized by Google

Theilnehmer in den Hintergrund; die Mitgliedschaft verkörpert sich in der Aktie und bildet in dieser Verkörperung einen veräußerlichen Vermögensbestandtheil des Aktionärs. Beide sind zudem auf ein größeres, durch eine größere Zahl von Mitgliedern zusammenzubringendes Kapital berechnet, als die offene Handelsgesellschaft und die einfache Kommanditgesellschaft. Daraus ergiebt sich eine auch in der Organisation sich kundgebende Verwandtschaft jener beiden Gesellschaften, durch welche dieselben zur offenen Gesellschaft wie zur einfachen Kommanditgesellschaft in Gegensatz treten. Für das System des H.G.B.'s ist dieser Gegensatz indeß nur von untergeordneter Bedeutung; die Kommanditgesellschaft auf Aktien wird in demselben nicht mit der Aktiengesellschaft zusammengestellt, sondern erscheint als eine Abart der Kommanditgesellschaft.

III. Von den Gesellschaften, die keine Handelsgesellschaften sind, ist die stille Gesellschaft eine Parallelform der Kommanditgesellschaft; sie beruht gleich dieser auf einer Verbindung von persönlicher Haftung und der Betheiligung mit einer Vermögenseinlage; nur ist die letztere hier eine Betheiligung an einem fremden Handelsgewerbe, die keine Gemeinschaft des Handelsbetriebs zur Folge hat. Die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (sog. Gelegenheitsgesellschaft) richtet sich, wie ihr Name besagt, überhaupt nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes; sie ist eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die nur dadurch dem Handelsrecht angehört, daß sie die Ausführung eines oder mehrerer einzelner Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat.

IV. Den Handelsgesellschaften sind nach dem Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 die in das Genossenschaftsregister eingetragenen Genossenschaften beizugesellen. Sie stehen insofern mit der offenen Gesellschaft auf einer Linie als sie nicht auf Kapitalseinlagen, sondern auf der, wenn auch nur subsidiär geltend zu machenden solidarischen Haft der Mitglieder beruhen. Andererseits nähern sie sich der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien dadurch, daß sie auf eine größere Zahl nicht individuell bestimmter Mitglieder berechnet sind. Eigenthümlich ist ihnen, daß die Zahl der Mitglieder keine geschlossene ist, mithin unter den allgemeinen statutarischen Bedingungen freier Ein- und Austritt der Genossenschafter stattfindet.

V. Die Gruppirung der einzelnen Gesellschaften in der nachfolgenden Darstellung soll nicht auf das System des H.G.B.'s, sondern auf die oben angedeutete Aehnlichkeit ihrer Struktur gegründet werden. Nach Erörterung allgemeiner Gesichtspunkte (§ 62) sollen

Digitized by Google

deshalb zuerst (Kapitel 1) die offene Handelsgesellschaft, hierauf (Kapitel 2) die einfache Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft, sodann (Kapitel 3) die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien, demnächst (Kapitel 4) die eingetragene Genossenschaft[9]) und schließlich (Kapitel 5) die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung besprochen werden.

Zusatz. I. System der Handelsgesellschaften in den fremden Rechten. 1) Frankreich. Die Ord. von 1673 Tit. 4 berücksichtigt nur die offene G. und die einfache Kommanditgesellschaft; weder der Aktienkommanditgesellschaft, noch der Aktiengesellschaft geschieht Erwähnung, obwohl beide Gesellschaftsformen damals bereits existirten. Auch die Kommentatoren der Ord. (Bornier, Jousse) gedenken ihrer nicht; die soc. anonyme, von der sie sprechen, ist nicht, wie im Co., die Aktien-, sondern die Gelegenheitsgesellschaft (Lastig in Endem.'s Handb. I S. 760 f.). — Der Co. Bd. I Tit. 3 Art. 18—64: des sociétés hat bereits dasselbe Schema der Handelsgesellschaften wie unser H.G.B.; die einzige Abweichung von letzterem besteht darin, daß neben den H.gesellschaften nur eine Vereinigung (association) anerkannt wird, die keine eigentliche H.gesellschaft ist, die a. en participation. Dieselbe fällt aber nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, mit unserer Gelegenheitsgesellschaft zusammen, sondern ist nach der herrschenden, vom Kassationshof gebilligten Ansicht die stille Betheiligung an Handelsunternehmungen eines Andern (Näheres unten S. 442 f.). — Das Gesetz über die Gesellschaften v. 24. Juli 1867 gewährt die Möglichkeit, Handels- und andere Gesellschaften als sociétés à capital variable zu errichten. Dabei ist vorzugsweise an die Vereine gedacht, welche die Zwecke unserer wirthschaftlichen Genossenschaften verfolgen, Go. Z. 27. 95 ff.

2) Ganz dem System des Co. folgt Spanien B. II Tit. 2 Art. 264—385: de las compañias mercantiles.

3) Am komplizirtesten ist das portugies. G.B. part. I liv. II tit. 12 art. 526—761. Es werden unterschieden: companhias, sociedades und parcerias commerciaes. Die companhias sind unsere Aktiengesellschaften; die sociedades zerfallen in: a) offene Gesellschaften (sociedades com firma); b) sociedades de capital e industria, Vereinigungen von Kapitalisten und Gesellschaftern, welche letzteren sich nur mit Arbeitsleistungen betheiligen. Erstere haften solidarisch (nicht bloß bis zum Betrag der Einlage) für die Gesellschaftsschulden; der socio de industria dagegen hat regelmäßig nur Anspruch auf einen dem des mindestbetheiligten Kapitaleinlegers gleichkommenden Gewinnantheil, ohne eine weitere Haftung für die Gesellschaftsschulden zu übernehmen; c) sociedades tacitas, unseren stillen Gesellschaften entsprechend; d) Gelegenheitsgesellschaften. Die parceria mercantil wird definirt als eine Gemeinschaft von Handeltreibenden „ohne Sozietätsabsicht" (sem animo de sociedade). Diese wenig deutliche Begriffsbestimmung wird demnächst dahin erläutert, daß die parceria sich entweder aus

---

[9]) In dem Kapitel von den Genossenschaften wird zugleich der Genossenschaften mit beschränkter Haftbarkeit nach österreichischem Recht (Ges. vom 9. April 1873) zu gedenken sein.

Digitized by Google

dem Gegenstand ergiebt oder auf einem Vertrag beruht. Ersteres, wenn mehrere Personen durch Erbschaft oder in anderer Weise eine untheilbare Sache erwerben und sie gemeinschaftlich verwalten oder mit ihr Geschäfte machen, ohne die Absicht, eine Sozietät einzugehen. Eine vertragsmäßige parceria ist vorhanden, wenn einer oder mehrere Sozien nur eine beschränkte Haftung übernehmen; so bei der Kommanditgesellschaft rücksichtlich des Kommanditisten (merkwürdigerweise wird die K.G. nur bei dieser Gelegenheit beiläufig erwähnt) und bei der s. de capital e industria rücksichtlich des socio de industria. (Beruht der Begriff der parceria auf einer klaren Anschauung?)

4) Holland. B. I Tit. 3 Art. 14—58: van vennootschap van Koophandel stimmt bis auf die hier fehlende Kommanditgesellschaft auf Aktien ganz mit dem Co. überein. Spezialgesetz über Kooperativgesellschaften (coöperative vereenigingen) v. 17. Novbr. 1876 Mittermaier Z. 23 Beil. 194 ff., Go. Z. 27. 106 ff.

5) Belgien. Tit. 9 art. 1—139: des sociétés. Den vier Handelsgesellschaften des Co. tritt als fünfte die s. coopérative hinzu. Außer den Handelsgesellschaften giebt es zwei associations commerciales, denen im Gegensatz zu ersteren Rechtspersönlichkeit (individualité juridique) fehlt: die a. momentanée, gerichtet auf eine oder mehrere einzelne Handelsunternehmungen, ohne gemeinsame Firma, aber Solidarhaft sämmtlicher Theilnehmer begründend, und die a. en participation, die hier in dem oben zu 1 erörterten Sinn gesetzlich definirt wird.

6) Italien. Lib. I tit. 9 art. 76—250: delle società e delle associazione commerciali. Vier Handelsgesellschaften wie im Co. Die Kooperativgesellschaften sind keine besondere Gesellschaftsart, sondern, ähnlich den franz. sociétés à capital variable, nur eine Modifikation derjenigen Gesellschaft, deren Form sie annehmen. Als handelsrechtliche Assoziationen werden bezeichnet die Partizipationsgesellschaft und die Gegenseitigkeitsgesellschaft.

7) Schweiz. Das Gesellschafts- und Vereinsrecht enthalten die Tit. 23—28. Tit. 23: einfache G.; Tit. 24: Kollektivgesellschaft; Tit. 25: Kommanditgesellschaft; Tit. 26: Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften; Tit. 27: Genossenschaften; Tit. 28: Vereine (zu wohlthätigen, geselligen u. dgl. Zwecken).

8) Ungarn Th. 1, Tit. 7—11. Handelsgesellschaften sind: die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft. Der Gelegenheitsgesellschaft wird in dem einleitenden Tit. 7 als nicht zu den Handelsgesellschaften gehörig gedacht. Kommanditgesellschaft auf Aktien und stille Gesellschaft haben keine Aufnahme gefunden.

9) England. Das derzeitige Gesellschaftsrecht beruht, soweit es nicht ungeschriebenes Recht (common law) ist, vorzugsweise auf den beiden companies acts von 1862 (25 & 26 Vict. c. 89) und von 1867 (30 & 31 Vict. c. 131), wozu später noch mehrfache Nachträge ergangen sind (s. unten bei den Aktiengesellschaften); ferner auf einem die partnerships betr. Gesetz (an act to amend the law of partnership von 1865, 28 & 29 Vict. c. 86). — Die Gesellschaften sind danach entweder partnerships oder companies. Vereinigungen von weniger als 7 Personen müssen stets partnerships, Vereinigungen von mehr als 10 Personen zum Betrieb von Bankgeschäften, von mehr als 20 Personen zu sonstigen Erwerbszwecken können nur companies sein. Gesellschaften von mindestens 7, aber weniger als 10, bezw. 20 Mitgliedern können sich sowohl als partnerships konstituiren wie unter die companies acts stellen. Partnership begründet soli-

Digitized by Google

ḥariſche Haftung aller Theilnehmer gegenüber Dritten, auch des ſ. g. dormant partner, der, ohne irgend hervorzutreten, am Gewinn betheiligt iſt. Einzelne Ausnahmen läßt die oben erwähnte Akte von 1865 (Z. 10. 124) zu, erkennt alſo in gewiſſem Umfang eine ſtille Geſellſchaft an, während ſonſt partnerships mit beſchränkter Haftbarkeit völlig unbekannt ſind. — Gemeinſames Merkmal der companies iſt, daß ſie durch Eintragung ihrer Statuten (articles of association) in das amtliche Regiſter die Eigenſchaft einer Korporation (body corporate) erlangen. Sie zerfallen in zwei Klaſſen: Geſellſchaften mit unbeſchränkter und mit beſchränkter Haftbarkeit der Mitglieder. Erſtere ſind entweder Geſellſchaften mit unbeſchränkter Haftung ſchlechtweg oder ſolche, die das Grundkapital in Aktien zerlegen (companies with unlimited liability having a capital divided into shares). Die Geſellſchaften mit beſchränkter Haftbarkeit ſind dreifacher Art: a) Aktiengeſellſchaften, companies limited by shares; b) Garantiegeſellſchaften, companies limited by guarantee. Die Mitglieder haften im Fall der Liquidation bis zu einem beſtimmten Betrag für die Geſellſchaftsſchulden. c) Kombination dieſer beiden Formen: companies limited by guarantee having a capital divided into shares. Eine weitere Modifikation der Geſellſchaften mit beſchränkter Haftbarkeit hat die Akte von 1867 ermöglicht, indem ſie denſelben geſtattet, die Direktoren oder managers für unbeſchränkt haftbar zu erklären, alſo eine unſerer Aktienkommanditgeſellſchaft ähnliche Form einführt. Ueber die Beſtrebungen, das Syſtem des engl. Geſellſchaftsrechtes in weiterem Umfang dem kontinentalen zu nähern, vgl. Mittermaier Z. 18. 92; 21. 37; 27. 182. Grundlage des Genoſſenſchaftsrechts iſt gegenwärtig die die früheren Spezialgeſetze beſeitigende industrial and provident societies act v. 11. Auguſt 1876; Go. Z. 27. 93, vgl. auch Z. 23 Beil. 151. — Ueber engl. Geſellſchaftsrecht überhaupt Vogt Z. 1. 481; Keyßner Z. 7. 533; Fick Z. 13. 394; ferner die namentlich von F. Mittermaier herrührenden Mittheilungen Z. 7. 423; 10. 124; 12 Beil. 40; 14. 453; 17. 118; 18. 92; 21. 137, 144; 22. 159; 23 Beil. 151, 166; 26. 66; 27. 179. Smith B. I ch. II, III. App. p. X, CLXX s.; Parsons Law of partnership. 2d Ed. Boston 1870. Literatur über einzelne Punkte in den fgg. §§.

II. Entwürfe. Hierher gehören: Er Tit. 3 Art. 1—112: Von Handelsgeſellſchaften; W B. I Tit. 4 Kap. 3 Art. 178 - 284: Von dem Geſellſchaftshandel; Om fünftes Hauptſtück: Von den Handelsgeſchäften §§ 78—114; Or §§ 78—123; Pr Buch II: Von den Handelsgeſellſchaften Art. 85—210; E.I ebenſo Art. 85—232; E.II handelt im zweiten Buch von den Handelsgeſellſchaften Art. 84—235; im dritten Buch von der ſtillen Geſellſchaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeſchäften für gemeinſchaftliche Rechnung Art. 236 - 52. — In ſämmtlichen Entwürfen ſind die offene G., die Kommanditgeſellſchaft und die Aktiengeſellſchaft anerkannt. Die Kommanditgeſellſchaft heißt in allen Entw. mit Ausnahme von Er und E.II ſtille Geſellſchaft. Die öſterr. Entwürfe beſchränken ſich auf die geb. drei Geſellſchaften, während W, Er, Pr und E.I, II auch die Kommanditgeſellſchaft auf Aktien kennen und Beſtimmungen über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeſchäften enthalten. Die Eintheilung unſeres H.G.B.'s findet ſich zuerſt in E.II. — Vergleicht man die Entw. mit dem Co., ſo ergiebt ſich, daß ſie, abgeſehen von den öſterreichiſchen, die hierbei nicht in Betracht kommen, ſich ſämmtlich an das franzöſiſche Syſtem anlehnen, dabei aber von der Annahme ausgehen, daß die fran-

Digitized by Google

zösische ass. en participation unserer Gelegenheitsgesellschaft entspreche. Seit **Troplong** darf diese Auffassung jedoch als beseitigt gelten. Wie oben hervorgehoben, legt gegenwärtig die französische Jurisprudenz bei der Participation lediglich Gewicht darauf, daß die Betheiligung eine stille, nicht äußerlich hervortretende ist, rechnet demnach dahin ebensowohl unsere stille G. wie die stille Betheiligung an einzelnen Handelsunternehmungen eines Anderen. **Es ist mithin nicht zutreffend, wenn man in der Aufnahme der stillen neben der Kommanditgesellschaft einen systematischen Gegensatz des H.G.B.'s zum Co. erblickt und die stille G. als eine dem französischen Recht unbekannte Gesellschaftsform betrachtet.**

§ 62.
Rechtlicher Charakter. Gemeinsame Merkmale.

I. Wenn im vorigen Paragraphen die Handelsgesellschaften als Vereine bezeichnet worden sind, so sollte damit ihr rechtlicher Charakter nicht näher bestimmt, insbesondere nicht die ebensowohl vor wie nach dem H.G.B. vielfach erörterte Streitfrage, ob die Handelsgesellschaften als juristische Personen anzusehen seien, beantwortet werden. Die Schwierigkeit dieser, im Gesetz unentschieden gelassenen [1]) und der Wissenschaft anheimgestellten Frage, liegt weniger im Gesellschaftsrecht als darin, daß es an allgemein anerkannten Merkmalen für das Vorhandensein einer juristischen Person mangelt. [2]) Hier soll in dieser

[1]) Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß hiermit nicht gesagt sein soll, das H.G.B. biete kein Material zur Beantwortung der obigen Frage dar, sondern nur daß es an einer ausdrücklichen, d. h. vom Gesetzgeber in diesem Sinne gewollten Entscheidung im G.B. fehlt. Als eine solche darf nach der Zus. I mitgetheilten Entstehungsgeschichte auch nicht Art. 213 betrachtet werden, wogegen derselbe für die juristische Konstruktion der Aktiengesellschaften auf der Grundlage des H.G.B.'s allerdings in Betracht kommt. Vgl. R. 22. 53 (239) und v. **Hahn** zu d. Art.; auch (nur theilweise zutreffend) **Reinganum**, Rechte der Aktionäre S. 6 ff.

[2]) Aus der überaus umfangreichen Literatur über diese Frage mögen hier folgende Schriften erwähnt werden, die zugleich weitere Nachweisungen geben. (Lehrbücher) **Windscheid** § 407²; **Beseler** Pr.R. § 70, 221, 224; **Gerber** § 49⁵, 195⁸, 198; **Stobbe** I § 49 Anm. 36, § 58, 60; **Heise** S. 69; **Morstadt** S. 61, 82 Anm. 89; **Brinckmann** § 36, 59; **Thöl** § 87, 88, 121; **Endemann** H R. § 35, 49, 56; **Gad** § 28; **Gareis** § 26, 29, 31, 35; **Lastig** in Endem. Handb. I S. 334, 341; — v. **Hahn** Vorbem. zu B. II Abschn. 3 § 25 (S. 387), **Anschütz** II Einl. § 2 ff., **beide** zu Art. 91, 111, 150, 164, 213, 216; **Gelpcke** in s. Zeitschr. Heft 2 S. 4 (von großem Einfluß auf Pr.); **Herrmann**, Der Rechtscharakter der Aktienvereine Leipzig 1858; **Randa** Arch. f. W.R. 15 S. 1 ff., 337 ff.; **Gotter** Bu. 15 S. 341 ff.; **Behrens** jur. Konstr. d. Handelsgesellschaften. Kiel 1879. 4. (Diss.); **Lehmann**, Das Rechtsgewand der o. Hg. Elbing 1882 (Leipz. Diss). — Fremde Liter. s. Zus. Die Rechtsprechung des R.O.H.G.'s und des Reichsger.'s stimmt mit der im Text ver-

Digitized by Google

Hinsicht davon ausgegangen werden, daß die Annahme einer eigenen Persönlichkeit nur für solche Vereine berechtigt ist, deren Bestand nicht an bestimmte physische Personen geknüpft ist. Unter dieser Voraussetzung ergiebt sich aber, daß der Charakter der juristischen Person nicht für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, weder für die einfache noch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, wohl aber für die Aktiengesellschaft und die eingetragene Genossenschaft in Anspruch zu nehmen ist.[3])

II. Allen Handelsgesellschaften, einschließlich der Genossenschaften, gemeinsam ist das Vorhandensein einer Gesellschaftsfirma und eines

tretenen Auffassung überein in Betreff der offenen Handelsgesellschaft B. R. 2. 6 (37); 3. 86 (417); 5. 46 (205); 9. 5 (17); 12. 84 (261); 14. 2 (5); 20. 54 (180); R. civ. 3. 17 (57); 5. 13 (55); 5. 16 (71); der (einfachen) Kommanditgesellschaft R. 25. 68 (280); R. civ. 1. 33 (70); der Aktiengesellschaft R. 4. 62 (311); 9. 17 (47); 11. 43 (121); 22. 53 (239); 24. 82 (311); R. civ. 2. 112 (400); 3. 16 (55); 6. 18 (71); 6. 32 (124); 7. 23 (69); der Genossenschaft R. 18. 27 (112); 22. 24 (104); 23. 25 (75); R. civ. 3. 7 (11); 4. 20 (72); 8. 2 (5). Nicht mit gleicher Bestimmtheit hat sich die Judikatur der genannten obersten Gerichtshöfe hinsichtlich der Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgesprochen, die allerdings in Bezug auf obige Frage die meisten Schwierigkeiten darbietet. Auf demselben Standpunkt wie der Text scheint R. 7. 107 (415) zu stehen, wenn daselbst betont wird, daß die Verschiedenheit der beiden Formen der K.G. „wesentlich nur die mit Vermögenseinlagen betheiligten Personen betrifft". Ebenso R. 18. 101 (395), wo der Complementar als Prinzipal der als Ein Kommanditist zu betrachtenden Gesammtheit der sog. Aktionäre gegenübergestellt wird. Dagegen ist R. 16. 69 (286) von einer Persönlichkeit der K.G. auf Aktien, „soweit sie solche besitzt", die Rede. Der Preuß. Erlaß v. 14. Februar 1882 (G.S. S. 18) rechnet im Sinne des G. v. 4. Mai 1846 zu den „ausländischen Korporationen und anderen juristischen Personen des Auslandes", die für den Erwerb von Grundeigenthum in Preußen königlicher Genehmigung bedürfen, auch die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die im Ausland ihren Sitz haben.

[3]) Sowohl die Aktiengesellschaft wie die Genossenschaft müssen, wenn man sie als juristische Personen betrachtet, zu den Korporationen (universitates personarum) gerechnet werden. Bestritten ist dies für die A.G., der namentlich von Witte Z. 8. 6 ff. im Hinblick auf das für dieselbe erforderliche Vermögenssubstrat ein der Stiftung verwandter anstaltsartiger Charakter zugeschrieben wird; er schlägt für sie und ähnliche Bildungen die wenig glückliche Bezeichnung: Verkehrsinstitut vor. Indeß ist hierbei übersehen, daß es sich auch bei der A.G. in erster Linie um die Zusammenfassung der Aktionäre zu einer Einheit handelt und daß die Beschaffung des Grundkapitals nur eine Bedingung für die Organisation des Personenverbandes bildet. Aus der Gleichstellung mit den Korporationen folgt nicht, daß alle im römischen bezw. bürgerlichen Recht von den Korporationen geltenden Bestimmungen auf sie Anwendung finden müssen. Der Korporationsbegriff kann einen sehr verschiedenartigen Inhalt haben und die Fiktion der Per-

Digitized by Google

Gesellschaftsvermögens.[4]) Beides aber hat eine verschiedene rechtliche Bedeutung, je nachdem den Handelsgesellschaften Persönlichkeit zukommt oder nicht. Bei der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft sind Firma und Gesellschaftsvermögen der Handelsname und das Vermögen der juristischen Person. Dagegen bezeichnet die Firma der offenen und der Kommanditgesellschaft die Gesellschafter in ihrer Vereinigung.[4a]) Das Gesellschaftsvermögen ist hier eine aus dem Vermögen der einzelnen Socien zum Behuf des Gesellschaftsgeschäfts abgesonderte, der Verfügung zu Privatzwecken entzogene Vermögensmasse. Dieselbe wird durch diese Absonderung nicht zum Vermögen einer juristischen Person, sondern steht im Vermögen der Gesellschafter, ist aber durch den Gesellschaftszweck gebunden. Das Recht der Mitglieder hieran ist nicht die Mitberechtigung des römischen Rechts, sondern ein der „gesammten Hand" des älteren deutschen Rechts nahe

---

sönlichkeit darf nicht weiter ausgedehnt werden, als der Zweck der Personifikation dies erheischt. Vgl. hierüber die treffenden Bemerkungen von Bierling z. Kritik d. jur. Grundbegr. Th. II S. 108 ff., der zugleich darauf hinweist, daß vorzugsweise in dem Widerstreben gegen die Aufstellung eines starren Korporationsbegriffes der berechtigte Kern der bekanntlich auch auf die Handelsgesellschaften erstreckten sog. deutsch-rechtlichen Genossenschaften zu suchen ist. Wie nöthig die Betonung jener Wahrheit auch für uns ist, ergiebt sich u. A. daraus, daß man aus der Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaften, bezw. aus ihrer Fähigkeit, Eigenthum zu erwerben, auf ihre Erbfähigkeit geschlossen hat, Roth bayer. Civilr. § 300 Anm. 57, s. auch Prot. 275, Stobbe § 49 Anm. 33 und die hier folg. Anm 5. — Ueber die Bedeutung der Verleihung von Korporationsrechten an Aktiengesellschaften s. Thöl § 150 IV, v. Hahn S. 685, Bierling S. 110 f., auch unten in der Lehre von der A.G.

[4]) Ueber die Natur des Gesellschaftsvermögens und der G.firma vgl. Brinckmann § 36, 38 (offene G.); § 59 (Aktiengesellschaft); Thöl § 91, 96 (offene G.); § 103 (Kommanditges.); § 153, 168 (A.G.); § 188, 197 (K.G. auf Aktien); § 202 (S. 575: Genossenschaft); Lastig in Endem.'s Handb. I § 78, 85, 94 a. E. (offene G.); Wendt ebd. § 100 (K.G); Primker ebd. § 119, 123 (A.G.); § 135 (S. 697 K.G. auf Aktien); Wolff ebd. § 147 (S. 802); § 156 (Genossenschaft); v. Hahn und Anschütz a. a. O.; Gierke Genossensch. II S. 956; Renaud Kommanditgesellschaft § 14 (S. 99); § 16 (S. 113); § 17 (S. 115); § 33, 115; Aktiengesellschaft § 8, 12, 80; Gelpcke a. a. O. S. 25, 29 f.; Roesler Z. 4. 252; Bekker ebd. 4. 542; 17. 387; Römer Abh. aus dem röm. R. und H.R. S. 149 ff., 161 ff. S. überhaupt die Anm. 2 angef. Literatur sowie die das. cit. Entscheidungen.

[4a]) Auf die letzten Worte ist Nachdruck zu legen. Die Firma der o.H.g. ist „nicht eine bloße Kollektivbezeichnung der mehreren Personen, welche im G.verhältniß stehen", R. 20. 70 (263).

Digitized by Google

stehendes Gesammtrecht, innerhalb dessen eine Quotentheilung nicht hervortritt.[5])

III. Für alle Handelsgesellschaften einschließlich der eingetragenen Genossenschaften gilt ferner Folgendes: Sie haben einen Sitz, der der Hauptniederlassung des Einzelkaufmannes entspricht.[6]) Ein mehrfacher Sitz derselben Handelsgesellschaft ist nicht möglich, wohl aber kann

---

[5]) Renaud a. a. O. nimmt bei der offenen und Kommanditgesellschaft, ja sogar bei der K.G. auf Aktien, ideelle Antheile der Gesellschafter am G.vermögen, und zwar schon während des Bestehens der G. an. Richtig Gierke, v. Hahn, Thöl a. a. O. Letzterer behauptet in Konsequenz seines die Rechtspersönlichkeit verwerfenden Standpunktes die von ihm für die o. G. als unpraktisch bezeichnete Idealtheilung des G.vermögens, für die Aktiengesellschaft, auf Grund von Art. 216[1]; dagegen namentlich v. Hahn. — Bei der verschiedenen Betrachtung des Societätsvermögens und der G.firma handelt es sich zunächst um Fragen der juristischen Konstruktion. Wenn versucht wird, aus dem durch Konstruktion gefundenen Begriff weitere Rechtssätze zu gewinnen, so ist dies an sich durchaus zulässig, nur ist hierbei größere Vorsicht geboten als in anderen Fällen, in denen von dem Verfahren der Deduktion Gebrauch gemacht wird, da der Begriff der juristischen Person, von dem im vorliegenden Fall auszugehen ist, selbst näherer Bestimmung bedarf, oben S. 443. Weiteres bei Erörterung der einzelnen Handelsgesellschaften.

[6]) Oben § 38 S. 225 ff.; s. außer den das. Angeff. noch Bu. 9. 453; 31. 301; Loewenfeld A.G. S. 359 ff. Durch den Sitz bestimmt sich nicht nur der ordentliche Gerichtsstand der Handelsgesellschaften, Civ.Pr.O. 19, 22[1], H.G.B. 111[2], 164[2], 213[2], Gen.ges. 11[2], österr. Gen.ges. 12[2], sondern auch das für sie maßgebende materielle Recht. In letzterer Hinsicht ist derselbe vorzugsweise für die ausländischen Gesellschaften von Bedeutung. Bezüglich dieser ist auch im Inland das am Ort ihres Sitzes geltende fremde Recht zur Anwendung zu bringen, wenn es sich um die Existenz und Persönlichkeit der G. handelt, insbesondere um die Frage, ob hierzu Staatsgenehmigung erforderlich ist. Ebenso sind nach dem am Ort des Sitzes geltenden Recht zu beurtheilen die Befugniß der Gesellschafter oder sonstigen Gesellschaftsorgane zur Vertretung der G. sowie alle Fragen, welche den Inhalt des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter zu einander und zur Gesellschaft betreffen. Im Wesentlichen ist die deutsche Rechtsprechung stets diesen Grundsätzen gefolgt und hat namentlich die Prozeßfähigkeit der rechtsgültig zu Stande gekommenen ausländischen Gesellschaften vor den Gerichten des Inlandes nie beanstandet. Die früher von einzelnen deutschen Staaten und neuerdings auch vom Deutschen Reich vielfach abgeschlossenen internationalen Verträge behufs gegenseitiger Zulassung der Handelsgesellschaften zur Rechtsverfolgung sind wesentlich durch die ungünstige Behandlung der ausländischen Handelsgesellschaften im fremden Recht veranlaßt worden. Hierüber Zus. III. Gegenwärtig ist die Prozeßfähigkeit der ausländischen Handelsgesellschaften reichsgesetzlich anerkannt, Civ.Pr.O. 50, 51. Anwendbarkeit des § 53 ebdas.? Aus der Judikatur: R. 2. 6 (36); 5. 71 (325); 15. 120 (426); 15. 46 (151); 22. 33 (148); R. civ. 6. 34 (134); 7. 23 (68). Das vorstehende Prinzip ist übrigens

Digitized by Google

eine Handelsgesellschaft außerhalb ihres Sitzes Zweigniederlassungen haben.[7]) Alle Handelsgesellschaften können unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden.[8])

---

auch auf diejenigen Gesellschaften auszudehnen, die im inländischen Recht keine Aufnahme gefunden haben, z. B. auf die engl. company limited by guarantee und auf die österr. Genossenschaften mit beschränkter Haftbarkeit. Besonderer Gerichtsstand der Handelsgesellschaften, Civ.Pr.O. 19[3] und dazu Seuffert Anm. 4.

[7]) Zweigniederlassungen ausländischer Handels-, insbesondere Aktiengesellschaften im Inland, oben S. 225 Anm. 31, ferner Go. I S. 381 Anm. 8; Renaud A.G. 2. Aufl. S. 192, 644 ff.; österr. V. 29. Nov. 65 betr. die Zulassung ausländ. A.gesellschaften und K.gesellschaften zum Geschäftsbetrieb in Oesterr. (R.G.Bl. Nr. 27). Eintragung der Zweigniederlassungen ausl. H.gesellschaften in das H.register Z. 8. 553; Johow u. Küntzel Jahrb. III S. 11 f.; Brem. E.G., jetzt G. 4. Juni 1879 (Z. 26. 232 f.); Hamburg 28; Hannover 23; Oldenb. 22; angef. österr. V. Art. 7. In Betreff dieser Zweigniederlassungen ist wohl zu unterscheiden die Frage, ob und inwieweit die Bestimmungen des inländischen Gesellschaftsrechts auf dieselben anwendbar sind von der Frage, ob die Errichtung der Zweigniederlassung in gewerbepolizeilicher Hinsicht statthaft erscheint. Auf erstere Frage ist namentlich im vierten Kap. zurückzukommen. Die zweite Frage hat, soweit nicht besondere landesgesetzliche Bestimmungen bestehen, der Registerrichter nicht zu prüfen, H.G.B. Art. 11. Anders nach der vorgeb. österr. V. von 1865, nach welcher die Bedingungen für die Zulassung zur Eintragung und zum Gewerbebetrieb zusammenfallen. Was die Befugniß ausl. H.gesellschaften zum Gewerbebetrieb im D. Reich anlangt, so bestimmt hierüber gegenwärtig, abgesehen von internationalen Verträgen, die R.Gew.O. Nach derselben ist physischen Personen der stehende Gewerbebetrieb regelmäßig ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit freigegeben, dagegen wird (§ 12) in Betreff der juristischen Personen des Auslandes auf die Landesgesetzgebung verwiesen, Jacobi Gewerbegesetzg. S. 33; Württemb. E.G. 38, 57. Ausdrücklich beseitigt sind die in dieser Hinsicht bestehenden landesgesetzlichen Beschränkungen in Betreff der österreichischen A.gesellschaften, K.gesellschaften auf Aktien, und jeder Art österr. Versicherungsgesellschaften durch den Deutsch-Oesterr. H.vertrag vom 23. Mai 1881 § 19. Beschränkung ausländischer Gesellschaften im Erwerb von Grundeigenthum Stobbe I § 43 S. 322 (2. Aufl.); Gengler D.Pr.R. § 40; Dernburg Pr.Pr.R. 1 § 225, auch oben Anm. 2 a. E. — Ueber die Befugniß der im Eigenthum von Handelsgesellschaften stehenden Kauffahrteischiffe zur Führung der Reichsflagge G. 25. Okt. 1867 § 2. Danach ist nur bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften unbedingt der Sitz der Gesellschaft entscheidend; bei Kommanditgesellschaften auf Aktien wird außer einem im Inland belegenen Sitz Reichsangehörigkeit der persönlich haftenden Gesellschafter verlangt, während bei der offenen G. und der einfachen Kommanditgesellschaft Reichsangehörigkeit sämmtlicher Gesellschafter erforderlich ist, auf den Sitz der Gesellschaft dagegen nichts ankommt. Z. Th. abweichende Erfordernisse stellte früher das Mecklenburg-Schwerinsche E.G. 41 auf.

[8]) Art. 111, 164, 213, Genoss.ges. 11, österr. Genoss.ges. 12. — Injurienklagen

Digitized by Google

An die Auflösung der Gesellschaft schließt sich regelmäßig eine Liquidation des Gesellschaftsvermögens[9]) und im Fall der Zahlungsunfähigkeit findet für die Gesellschaftsgläubiger ein besonderer Gesellschaftskonkurs statt.[10]) Auch diese Sätze haben indeß für die verschiedenen Gesellschaften zum Theil eine verschiedene Bedeutung, die aber erst im Folgenden näher erörtert werden kann.

Zusatz. I. Die französische Jurisprudenz nimmt gegenwärtig übereinstimmend Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaften an, vgl. Frémery études p. 31, Brav. Veyr. (éd. Demangeat) I p. 170 ss., Bédarr. sociétés I No. 9, Lyon No. 280 s. Ebenso die Niederländer: Holtius I bl. 96; de Wal I bl. 79 v.; a. M. Kist III bl. 159 v. Auch sonst scheint die außerdeutsche Rechtswissenschaft sich dieser Auffassung zuzuwenden, Z. 28. 371, 433 Gesetzlich spricht die Eigenschaft juristischer Personen den Handelsgesellschaften zu Belgien tit. 9 art. 2: chacune des sociétés commerciales constitue une individualité distincte de celles des associés, und im Verhältniß zu dritten Personen, Italien 77: le società costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci (fast wörtlich gleichlautend das frühere G.B. 107). Schweiz 632, 676, 678 gewährt den Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Genossenschaften Persönlichkeit, sobald sie in das Handelsregister eingetragen sind, wogegen eine Bestimmung über die rechtliche Natur der offenen und der einfachen Kommanditgesellschaft absichtlich vermieden ist, Fick und Schneider S. 389. Ungarn § 63 beschränkt sich darauf, die Bestimmungen unserer Art. 111[1] und 164[1] auf alle H.gesellschaften auszudehnen. Eine besondere, dem Eingang unseres Art. 213 entsprechende Bestimmung in Betreff der A.G. fehlt. — Englisches Recht s. Zus. zu § 61, auch Smith p. 28, 61, 69. Hinzuzufügen ist, daß das englische common law die partnership zwar nicht als eine juristische Person (corporation, body corporate) ansieht, aber sie doch ebenso, wie dies bei uns geschieht, in gewissem Umfang als Einheit gelten läßt; Parsons law of partnership p. 278 bezeichnet sie als Quasikorporationen.

In Deutschland hatte vor dem H.G.B. das Pr.L.R. keine bestimmte Stellung zu obiger Frage genommen, dagegen war in dem Preuß. G. über Aktiengesellschaften v. 9. Novbr. 1843 § 8 ausgesprochen, daß Aktiengesellschaften

können unter der G.Firma nicht angestellt werden. Ebenso wenig können Strafen gegen die Hg. als solche angestellt und vollstreckt werden, Bu. 38. 229; 9. 115, 130; 10. 311; R. 13. 97 (220); R.st. 5. 40 (111). — Bestimmungen der Landeseinf.gesetze über den Erwerb von Immobilien und Immobiliarrechten durch H.gesellschaften, sowie über Eintragungen in den Grund- und Hyp.büchern auf den Namen derselben v. Hahn zu Art. 111 § 5.

[9]) H.G.B. 133—45, 172, 202—205, 244—46; Genoss.ges. 40—50; österr. Genoss.ges. 41—51.

[10]) H.G.B. 122, 123[1], 169, 170, 200, 242[3]; Genoss.ges. 34[3], 48, 52—62; R.Konk.O. 193—201, 214 (R.E.G. 3). Die Bestimmungen der Landeseinf.gesetze über den Konkurs der Handelsgesellschaften (Uebersicht bei v. Hahn zu Art. 122 § 25 ff.) sind durch Art. 4 E.G. zur R.Konk.O. aufgehoben.

Digitized by Google

durch die landesherrliche Genehmigung die Eigenschaft juristischer Personen erlangen. Aehnlich erklärt W. 256 die Aktiengesellschaft als Rechtsperson, hierzu Mot. S. 224, aber auch S. 194, aus welcher letzteren Stelle hervorgeht, daß auch in Betreff der übrigen Handelsgesellschaften man sich der Annahme einer juristischen Person sehr genähert hatte. Er. Tit. 3 Art. 80 beschränkt sich auf den Satz, daß die A.G. „als solche und abgesehen von den einzelnen Aktionären" Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten ist; in den Mot. S. 137 wird bemerkt, die Bezeichnung der A.G. als „einer moralischen Person" sei möglicher Mißverständnisse halber unterblieben, da nicht alle von eigentlichen Korporationen geltenden Sätze auf sie anwendbar seien. Hinsichtlich der übrigen Gesellschaften enthält der Entw. keine analoge Bestimmung. — Von den österr. Entwürfen gehören hierher nur Om 88 und Or 90, die unter Verweisung auf b.G.B. 1202 das Vermögen der Handelsgesellschaften als ein abgesondertes Ganzes bezeichnen, welches den Gesellschaftsgläubigern vorzugsweise haftet. — Pr 87 verallgemeinert die Bestimmung von Er auf alle Handelsgesellschaften. „Jede Hg. als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben." Die Mot. S. 46 erklären sich für die juristische Persönlichkeit aller Handelsgesellschaften. Bereits in 1. Lesung wurde indeß dieser Artikel gestrichen; statt desselben gelangten unsere Artikel 111, 164 und 213 in den Entwurf, Prot. 154, 274 ff. Aus den Berathungen geht hervor, daß die Mitglieder der N.C. in Bezug auf die obige Frage verschiedener Ansicht waren. Die Majorität, von der die Streichung der betr. Bestimmung beschlossen wurde, setzte sich aus denen zusammen, die den Handelsgesellschaften keine Persönlichkeit zugestehen wollten, und aus denen, die es ablehnten, eine Entscheidung hierüber im Gesetz zu treffen. In 2. Les. wiederholte sich die Erörterung hinsichtlich der Aktiengesellschaften, bei Gelegenheit unseres Art 213 (E. II.). Auch hier fanden wiederum einzelne Mitglieder in dem Satz: „Die A.G. als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten", eine direkte Anerkennung der juristischen Person und erklärten sich deshalb theils für, theils gegen denselben, während Andere dem geb. Satz zwar zustimmten, sich aber ausdrücklich dagegen verwahrten, hiermit ein derartiges Anerkenntniß auszusprechen. Unter der Majorität, die den Artikel annahm, befand sich auch Thöl, der bekanntlich die Persönlichkeit der A.G. stets bekämpft hat, Prot. 1039 f.

II. Abweichend vom deutschen H.G.B. enthalten mit alleiniger Ausnahme des Schweizerischen Obligationenrechts sämmtliche außerdeutsche H.G.bücher allgemeine Bestimmungen über die Handelsgesellschaften, die aber sowohl dem Umfang wie dem Inhalt nach sehr verschieden sind. Es ist für die Orientirung wichtig, das System der G.bücher auch nach dieser Richtung hin mit einander zu vergleichen.

Der hierher gehörige Titel des Co. (I 3) zerfällt in zwei Sectionen. Sect. 1 des diverses sociétés beginnt im Art. 18 mit einer Bestimmung, die, mehr oder minder variirt, in den meisten anderen G.büchern wiederholt wird. „Der Gesellschaftsvertrag wird durch das bürgerliche Recht, die Handelsgesellschaften und die Parteiabreden geregelt" (vgl. Pr. L.R. II. 8 § 614, auch oben S. 71). Darauf folgt die Aufzählung der gesetzlich als solcher anerkannten Handelsgesellschaften (Art. 19) und hieran schließen sich die Specialbestimmungen für die einzelnen,

Digitized by Google

wie bei uns, nach einander behandelten Gesellschaften (Art. 20—50). — Sect. 2 „Von den Streitigkeiten unter den Gesellschaftern und dem Verfahren zur Entscheidung derselben" enthält gemeinsame Vorschriften, Art. 51—63 das sog. arbitrage forcé (aufgehoben G. 17. Juli 1856), Art. 64 Verjährung. Gemeinsame Bestimmungen über die Errichtung und Publikation der Gesellschaftsverträge enthält auch das G. über die Gesellschaften v. 24 Juli 1867, Art. 55—65. — Holland I. 3 Abth. 1 „allgemeine Bestimmungen" besteht aus zwei Co. 19 und 18 entsprechenden Sätzen (14, 15). Bei der Verweisung auf die maßgebenden Normen wird, logischer als im Co., die Privatwillkür voran und das bürgerliche Recht zuletzt gestellt. Weitere gemeinsame Vorschriften fehlen. — Spanien erörtert die Handelsgesellschaften zum größten Theil nicht nach, sondern aus gemeinschaftlichen Gesichtspunkten neben einander. B. II Tit. 2 ist in vier Sectionen geschieden; Sect. 4 die Gelegenheitsgesellschaft. Von den ersten drei die eigentlichen Handelsgesellschaften betreffenden beginnt Sect. 1 „von den verschiedenen Arten der Handelsgesellschaften mit einer Definition und einer Co. 18 reproducirenden Bestimmung (Art. 264; die Verweisung auf die Handelsgebräuche ist hier fortgelassen, sie findet sich an der Spitze von Sect. 2). Sodann Art. 265: Aufzählung; 266—83: Specialbestimmungen über die einzelnen Gesellschaften; 284—95: Errichtung und Veröffentlichung der G.verträge; 296—98: Privatgläubiger der Socien, Gesellschaftskonkurs; — Sect. 2 (299—325): das innere Verhältniß; Sect. 3 (326—53): Auflösung und Liquidation. — Portugal Th. I B. 2 Tit. 12 zählt außer zwölf allgemeinen Bestimmungen 18 Sectionen! Allgemeine Bestimmungen: Begriff und Erforderniſſe (526—29); ungültige Abreden (530—32); Verzug bei Leistung der Einlagen (533); Antheil am Gewinn und Verlust (534); Verantwortlichkeit des gerirenden, Kontrolbefugniß des nicht gerirenden Socius (535, 36); die H.gesellschaften werden durch Parteiabreden, Handelsgesetze und Usancen in deren Ermangelung durch bürgerliches Recht regulirt (537). — Sect. 1—6: Die einzelnen Gesellschaften (Art. 538—85); Sect. 7—18 gemeinsame Vorschriften für die sociedades, z. Th jedoch über die sociedades im e. S. (oben S. 450) hinausgehend. Inhalt: Betheiligung eines Dritten an dem Antheil eines Gesellschafters (586—90); Form des Vertrages (591—602); Antheile der Socien am Gesellschaftsfond (603—9); Dauer und Verwaltung der Gesellschaften (610—20); Fähigkeit zur Eingehung von Gesellschaftsverträgen (621—32); Fälle, in denen Jemand, auch ohne einen Societätsvertrag abgeschlossen zu haben, als Socius behandelt wird (633—39); Verbindlichkeiten der Socien gegen einander (640—62); Verantwortlichkeit Dritten gegenüber (663—92); Auflösung und deren Wirkungen (693—734, hiervon handeln zwei Sectionen); Liquidation (735—47); arbitrage forcé (748—60); Verjährung (761). — Am übersichtlichsten ist das belgische G.B. geordnet; B. I Tit. 9, in elf Sectionen zerfallend. Sect. 1 „allgemeine Bestimmungen" enthält im Art. 1 die Begriffsbestimmung nebst Reproduction von Co. 18 in folgerichtiger Anordnung. Art. 2, 3 Aufzählung, Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaften im Gegensatz zu den associations commerciales; Art. 4—12 und 14 Errichtung und Veröffentlichung; Art. 13 Vertretung. Sect. 2—7 (Art. 15—110) die einzelnen Gesellschaften. Sect. 8—11 Liquidation (111—121), Klagen und Verjährung (122—27); auswärtige Handelsgesellschaften (128—30); Strafbestimmungen (131—35). Zum Schluß: Zusatz- und Uebergangsvorschriften. — Auf einem ähnlichen Plan, aber mit complicirterer Durchführung beruht das

Digitized by Google

neue italienische H.G.B. Buch I Tit. 9 besteht aus drei Kapiteln: Kap. I Handelsgesellschaften; Kap. II Associationen; Kap. III Strafbestimmungen. Das erste Kapitel ist in acht Sectionen geschieden. Sect. 1: allgemeine Bestimmungen, darin Art. 76 Definition und Aufzählung; 77 Firma, Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaften; 78 Haftung des neu eintretenden Socius für ältere Verbindlichkeiten; 79 Abtretung des Antheils eines Gesellschafters; 80–83 Vermögenseinlagen der Gesellschafter; 84 entspricht unserem Art. 94[2]; 85 Privatgläubiger eines Gesellschafters; 86 enthält eine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß der commis intéressé nicht Handelsgesellschafter ist. Sect. 2 (Art. 87–104) Form des Gesellschaftsvertrages; Sect. 3 (105—25) die einzelnen Gesellschaften; Sect. 4 (126–85) gemeinsame Bestimmungen für Aktienkommandit- und Aktiengesellschaften; Sect. 5 (186—96) Ausschließung, Auflösung und Fusion; Sect. 6 (197–218) Liquidation; Sect. 7 (219—28) Cooperativgesellschaften (oben S. 441); Sect. 8 (229—232) Aktiengesellschaften des bürgerlichen Rechts und fremde Handelsgesellschaften. — Ungarn I. 7: Handelsgesellschaften im Allgemeinen beschränkt sich auf drei §§: 61 Aufzählung der H.gesellschaften; 62 Ausscheidung der Gelegenheitsgesellschaft und Normirung derselben; 63 enthält den in unseren Art. 111[1] und 164[1] ausgesprochenen Satz in genereller Fassung. — Tit. 8–11 die einzelnen Gesellschaften, s. oben S. 441.

Entwürfe. W. I. 3 Abth. 1: Allgemeine Bestimmungen. Art. 178: Aufzählung; 179: Rechtsnormen, entsprechend Co. 18 mit derselben Fassungsverbesserung wie Holland; 180: Handelsgemeinschaften, d. h. Gemeinschaften in Bezug auf ein Handelsgewerbe, die nicht auf Vertrag beruhen (vgl. oben S. 440 f. die parceria des port. Rechts, auf die in den Mot. zu W auch verwiesen wird); Abth. 2–5 (Art. 181—278) die einzelnen Gesellschaften; Abth. 6 (Art. 279–84) Streitigkeiten unter den Gesellschaftern, Klageverjährung, Aufgebot Dritter. — Er I. 3 schickt im Kap. 1 als einleitende Bestimmungen (Art. 1—3) nur die Definition und die Aufzählung der H.gesellschaften voran. Nach Erörterung der einzelnen Gesellschaften in Kap. 2—5 bilden zwei die Verjährung betr. gemeinsame Bestimmungen (Art. 111, 12) den Schluß. — Om und Or behandeln ähnlich dem spanischen G.B. die verschiedenen Gesellschaften nach gemeinsamen Gesichtspunkten; näheres Eingehen interessirt hier nicht. — Pr II Tit. 1 enthält folgende allgemeine Bestimmungen: Art 85, 86 Aufzählung; 87 oben Zus. I; 88 vorzugsweiser Anspruch der G.gläubiger auf das G.vermögen; Privatgläubiger der Gesellschafter; 89 Haftung des neu eintretenden Socius für ältere Verbindlichkeiten; 90 Gerichtsstand. Hiervon sind in E. I nur die beiden ersten Artikel als allgemeine Bestimmungen stehen geblieben, in E. II sind bereits wie im H.G.B. die allgemeinen Bestimmungen als solche ganz beseitigt; vgl. Prot. 154 ff., 274.

III. Ausländische Handelsgesellschaften*). Dem oben Anm. 6 Bemerkten ist hinzuzufügen: Auf der N. C. wurde beantragt, Bestimmungen über die fremden A.gesellschaften in das G.B. aufzunehmen. Der Antrag wurde jedoch zurückgezogen, nachdem in der Diskussion hervorgehoben worden war, eine aus-

*) Der Entw. e. Ges. betr. die K.G. auf Aktien und die A.gesellschaften (Berlin 1833), der S. 279 ff. die Rechtsstellung ausländ. H.gesellschaften und der von ihnen im Inland errichteten Zweigniederlassungen nach fremdem wie nach deutschem Recht, aber mit Beschränkung auf A.kommandit- und Aktiengesellschaften, erörtert, ist mir erst während der Korrektur zugegangen.

Digitized by Google

drückliche Anerkennung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit fremder A.gesellschaften, insbesondere ihrer Befugniß im Inland Klagen anzustellen, sei überflüssig, weil es sich von selbst verstehe, daß die Entstehung der A.G. wie jedes civilrechtlichen Verhältnisses nach demjenigen bürgerlichen Gesetz zu beurtheilen sei, unter dessen Herrschaft sie sich befinde. Die hiervon zu unterscheidende Frage aber, ob der ausländischen Gesellschaft auch das Recht einzuräumen sei, in einem fremden Lande Geschäfte zu machen, ihr Papiergeld (!) zu verbreiten, gehöre, weil wesentlich staatspolizeilicher Natur, nicht zur Aufgabe der Conferenz, Prot. 370 f. Zusammengeworfen werden die hier richtig auseinander gehaltenen Gesichtspunkte in der oben Anm. 27 erwähnten österr. V. von 1865. — Was die Behandlung fremder H.gesellschaften in außerdeutschen Staaten anlangt, so stimmt das englische Recht mit dem deutschen überein, Westlake Journ. de droit internat. privé IX 19; Foote ib. p. 465; Kent commentaries II p. 284 s. (12. ed.). Indeß hat auch England in Staatsverträgen die Rechtsfähigkeit auswärtiger H.gesellschaften und deren Befugniß in E. Handel zu treiben, besonders verbürgt; so namentlich in einem mit Frankreich geschlossenen Vertrag von 1862; andere Verträge bei Gabriel Register S. 117. — In Frankreich ist die Rechts- und Prozeßfähigkeit der im Ausland rechtsgültig entstandenen offenen und Kommanditgesellschaften, einschließlich der K.gesellschaften auf Aktien, stets anerkannt worden. Zweifel bestanden in Betreff der A.gesellschaften. Bezüglich derselben war die Ansicht vertreten, daß sie ohne Genehmigung seitens des französischen Staatsoberhaupts in Frankreich nicht als rechtlich existent zu betrachten seien. In der französischen Jurisprudenz hatte diese Ansicht nicht das Uebergewicht, dagegen erhielt sie im J. 1849 die Sanction des Brüsseler Kassationshofes und es wurde in Folge dessen den französischen A.gesellschaften die Fähigkeit, vor belgischen Gerichten zu klagen, abgesprochen. Um diese Rechtlosigkeit zu beseitigen, erging 1855 ein Spezialgesetz zu Gunsten der franz. A.gesellschaften. Ein entsprechendes franz. G. wurde am 30. Mai 1857 erlassen. Dasselbe bestimmt, daß die belg. A.gesellschaften sowie alle sonstigen handels-, gewerblichen und finanziellen Gesellschaften, die in Belgien der Staatsgenehmigung bedürfen und sie daselbst erlangt haben, in Frankreich zur Ausübung aller ihrer Rechte zugelassen werden und Gerichtsstandschaft genießen sollen, „wenn sie sich den französischen Gesetzen unterordnen" (en se conformant aux lois de l'empire). Im Art. 2 wird bestimmt, daß durch ein im Staatsrath zu erlassendes Dekret des Staatsoberhauptes unter denselben Voraussetzungen die gleichen Befugnisse auch den Gesellschaften anderer Länder gewährt werden können. Unzweifelhaft ist dabei an eine generelle Aenderung, nicht an eine Autorisation einzelner Gesellschaften gedacht und in dieser Weise sind auch auf Grund von Staatsverträgen zahlreiche derartige Dekrete erlassen worden, so namentlich 1866 und 68 zu Gunsten der preuß., sächs. und österr. Gesellschaften. Unbestritten ist ferner, daß nach dem G. von 1857 die Rechtsfähigkeit der fremden A.Gesellschaften durch eine solche Anerkennung seitens des französischen Staatsoberhauptes bedingt ist. Streitig ist dagegen, ob dieses Gesetz noch auf Geltung Anspruch hat, seitdem in Frankreich selbst das Erforderniß der Staatsgenehmigung für die anonymen Gesellschaften beseitigt ist (G. 24. 7. 67), sowie in welcher Weise dasselbe gegenüber den A.gesellschaften derjenigen Staaten anzuwenden ist, die ebenfalls nicht mehr das Erforderniß der Staatsgenehmigung aufstellen. Am konsequentesten erscheint

Digitized by Google

die namentlich von Lyon Caën und Buchère vertretene Ansicht, die auch jetzt noch das die fremden A.gesellschaften anerkennende Dekret verlangt, letzteres aber auf alle Gesellschaften bezieht, die in dem betr. Staat rechtsgültig (auch ohne Staatsgenehmigung) zu Stande gekommen sind. Zur Auslegung der zweideutigen Klausel: en se conformant u. s. w. vgl. Journ. de droit intern. privé VIII p. 159; IX p. 316. Uebrigens steht die mangelnde Rechtsfähigkeit fremder Gesellschaften nur der Anstellung einer Klage vor französischen Gerichten, nicht der Möglichkeit, daß sie in Frankreich belangt werden, entgegen. In letzterem Fall werden sie als associations de fait behandelt. Ueber die fremden Gesellschaften nach französischem Recht überhaupt s. Brav. Veyr. (éd. Demangeat) I p. 485 ss., Massé I No. 509 bis; Lyon p. 291 ss; Ders. de la condition légale des soc. étrang. en Fr. 1870 (vgl. Z 18. 645 ff.); Namur II p. 426 ss.; Laurent Droit intern. privé IV No. 119, 154 ss.; VIII No. 80 ss.; Buchère Journ. de dr. intern. pr. IX p. 35 ss. Ueber Elsaß-Lothringen R. civ. 6. 34 (134); Kauffmann l. c. IX p. 129, 209, 260 ss. — Dem Beispiel Belgiens und Frankreichs folgten Italien (G. 27. 10. 60, Vidari II p. 188 s.); Spanien (G. 20. 7. 62) und Portugal (G. 11. 9. 61). Auch diese Gesetze, von denen das ital. und portug. neuerdings beseitigt sind (s. unten), waren Spezialgesetze zu Gunsten der französischen A.gesellschaften, mit der dem Könige vorbehaltenen Befugniß, die Anerkennung auf die Gesellschaften anderer Länder auszudehnen. In Holland wurde der 2. Kammer im J. 1859 ein Ges.-Entw. betr. die Zulassung fremder A. und Versicherungsgesellschaften vorgelegt, gelangte aber nicht zur Annahme. Die Frage, ob die Rechtsfähigkeit derselben durch die Genehmigung des holländ. Staatsoberhaupts bedingt sei, ist bestritten. Der höchste Gerichtshof hat sie 1866 verneint; de Wal I bl. 105 (a. M. Kist III bl. 342). In Belgien ist das vorerwähnte G. von 1855 durch allgemeine Bestimmungen über die fremden Gesellschaften ersetzt worden, Co. revisé art. 128—130. Danach haben alle Handelsgesellschaften, die im Ausland errichtet sind und dort ihren Sitz haben, die Befugniß, in B. Geschäfte zu treiben und vor Gericht aufzutreten. Errichtet eine fremde Gesellschaft in B. Zweigniederlassungen, so müssen G.akte und Bilanzen gemäß dem belg. Recht veröffentlicht werden; ebenso ist in diesem Fall die nach belg. Recht vorgeschriebene Bezeichnung der G. in den von ihr ausgehenden Schriftstücken (oben S. 269 f.) erforderlich. Belg. Recht soll auch zur Anwendung kommen, wenn es sich um die Verantwortlichkeit des Vorstandes der Zweigniederlassung gegen dritte Personen handelt. Hat die im Ausland errichtete G. ihre Hauptniederlassung in B., so ist sie dem belg. Recht unterworfen (auch bezüglich der Form des G.vertrages). — Auch in dem neuen ital. H.G B., Art. 230—32, sind an Stelle des früheren Spezialgesetzes allgemeine Bestimmungen getreten. Die Rechtsfähigkeit der im Ausland domizilirten H.gesellschaften wird hier stillschweigend vorausgesetzt. Das Gesetz bestimmt nur über die Zweigniederlassungen fremder H.gesellschaften in Italien und über die im Ausland errichteten H.gesellschaften, die in Italien ihren Sitz haben. Im Ganzen stimmen die Vorschriften mit denen des belgischen G.B.'s überein; besonders hervorzuheben ist, daß wenn die fremde Gesellschaft einer in Italien nicht rezipirten Gesellschaftsform angehört, auf sie bezüglich der Publikation und der Verantwortlichkeit der Geranten Dritten gegenüber die für A.gesellschaften geltenden Vorschriften Anwendung finden sollen. — Allgemein formulirt die Voraussetzungen sowohl der Rechtsfähigkeit ausländischer A.ges. wie

Digitized by Google

jeder Zulassung zum H.betrieb und zur Errichtung von Zweigniederlassungen ferner das portug. Aktiengesetz v. 22. Juni 67 Art. 53—56. — Ungarn § 210—17 enthält umständliche, wesentlich an die oben Anm. 7 erwähnte österr. V. sich anlehnende Bestimmungen über die Zulassung auswärtiger A.gesellschaften. — In der Schweiz bestehen, abgesehen von Staatsverträgen, keine hierher gehörige Bestimmungen, Fick u. Schneider S. 441.

IV. Die Frage, ob abgesehen von den Anm. 4 bezeichneten Rechtsgebieten, die Formen der Handelsgesellschaften den Gesellschaften bürgerlichen Rechtes zugänglich sind, ist für uns seit dem Ges. v. 11. Juni 1870 nur in Betreff der offnen H.g. und der einfachen K.G. von Bedeutung. Ebenso in Oesterreich, wo die nicht Handel treibenden K.G.en auf Aktien und Aktiengesellschaften zur Zeit noch dem Vereinsges. v. 26. Nov. 1852 unterliegen, österr. E.G. 32. — Unzweifelhaft kann auch bei Nichthandelsgesellschaften das innere Verhältniß nach Maßgabe der für offne und bezw. für K.G.en geltenden gesetzlichen Bestimmungen geordnet werden. Was das Verhältniß nach außen anlangt, so ist innerhalb des gemeinen Rechtes die Möglichkeit einer G. mit unbeschränkter solidarischer Haftung der G.er für die G.schulden, auch wenn man nicht von der wechselseitigen praepositio institoria ausgeht, nicht zu bestreiten. Zweifelhafter ist es, ob sich eine G. mit einer auf Einlagen beschränkten Haft einzelner G.er herstellen läßt. Indeß dürfte auch diese Frage zu bejahen sein. Nimmt man an, daß durch die Kundmachung der stillen G. ein allgemeines, aber auf die Einlage beschränktes mandatum de credendo seitens des stillen Theilnehmers begründet wird, Thöl § 114; v. Hahn 1 S. 790, so ist nicht ersichtlich, weshalb die Statthaftigkeit eines derartigen Mandats bei anderen Nichthandelsgesellschaften ausgeschlossen sein sollte. Mittel der Publizität werden sich hier wie dort finden lassen. — Sind sonach in Bezug auf die Haftung für die G.schulden Analogien der Hg.en auf dem Boden des gemeinen Rechts möglich, so fragt es sich weiter, ob auch die beiden andern charakteristischen Merkmale der Hg.en: ein der G.firma entsprechender Kollektivname und ein vom Vermögen der G.er abgesondertes, nach Innen und Außen selbstständig hervortretendes G.vermögen für die G.en des bürgerlichen Rechts zu erreichen ist. Nach römischem Recht, welches die Sozietät lediglich als Vertrag ansieht, ist dies zu verneinen, nicht dagegen von dem viel freieren Standpunkt aus, den das heutige Recht gegenüber den Privatvereinen einnimmt. Gestatten wir den Vereinigungen mit veränderlichem Mitgliederbestande, im Rechtsverkehr sich als Einheit aufzuthun, R.civ. 4. 45 (155); 8. 31 (121), Seu. 26. 219; 27. 5, so ist kein Grund vorhanden, diese Befugniß solchen Vereinen zu versagen, die an bestimmte Mitglieder geknüpft sind. Die Konsequenz hiervon ist, daß auch die G.en des bürgerlichen Rechts unter einem Gesammtnamen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden können, daß ferner auch bei ihnen eine Absonderung des G.vermögens vom Privatvermögen der Mitglieder in ähnlicher Weise wie bei den H.gen möglich ist. — Inwieweit die Bestimmungen des H.G.B.'s auf analoge Bildungen des bürgerlichen Rechts anwendbar sind, kann hier nicht im Einzelnen untersucht werden; eine dahin gehörige Erörterung enthält z. B. R. 11. 87 (264). Ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit aller der Vorschriften, die sich weder auf das Verhältniß der Gesellschafter zu einander beziehen, noch sich aus den obigen Prinzipien ergeben, wie z. B. über das Maß der den Gesellschaftern zustehenden Ver-

Digitized by Google

tretungsbefugniß und über die Verjährung der Ansprüche gegen frühere Gesellschafter. Ebenso derjenigen Vorschriften, die zwar mittelbar mit jenen Grundsätzen zusammenhängen, sich aber ohne das Vorhandensein entsprechender Satzungen nicht übertragen lassen, so der Bestimmungen über die Eintragung und den G.konkurs. (§ 6 des E G. zur R.Konk.O. bezieht sich lediglich auf die Vereine des bayer. Rechts.)

Aus den Partikularrechten ist hierzu Folgendes zu bemerken: Nach preuß. Recht bildet die Solidarhaft der G.er für die G.schulden die Regel; eine Beschränkung der Haftung auf Einlagen ist zulässig, A.L.R. I. 17. 237 ff.; 250. Die Möglichkeit, daß sich derartige Gesellschaften als Einheit gestalten, ist dem preuß. Recht fremd; den sog. erlaubten Privatgesellschaften ist zwar gestattet, sich nach Innen korporativ einzurichten; dabei ist indeß nur an solche Vereine zu denken, die nicht auf einer geschlossenen Zahl individuell bestimmter Mitglieder beruhen; II. 6 § 1, 2, 11 ff.; R. 18. 102 (403 f.). — Das österr. b.G.B. 1203 f. läßt die G.er im Zweifel nach Verhältniß ihrer Antheile am G.vermögen haften; G.en mit unbeschränkter solidarischer Haft der Mitglieder sind statthaft, dagegen wird eine auf Einlagen beschränkte Haftung nur bezüglich der H.gen erwähnt. Bemerkenswerth ist, daß das österr. Recht auch bei den Civilgesellschaften ein vom Vermögen der G.er gesondertes G.vermögen anerkennt, § 1202. — Nach sächs. b.G.B. 1378 werden die G.er aus den mit Dritten für die G. abgeschlossenen Geschäften nach Verhältniß ihrer Gewinnantheile berechtigt und nach Verhältniß ihrer Verlustantheile verpflichtet, „doch haften sie nicht blos, soweit sie Vermögen zur G. beigetragen haben, sondern auch mit ihrem übrigen Vermögen" Auch hiernach wird die Uebernahme der Solidarhaft für die G.schulden nicht für ausgeschlossen zu erachten sein, wohl aber die Beschränkung der Haftung auf Einlagen. Ein einheitliches Hervortreten der G. macht sich im sächs. b.G.B. nicht bemerkbar. (Eine vor dem Inkrafttreten des b.G.B. ergangene Verfügung des sächs. Just.Min. bezeichnet eine G. zum Abbau eines Torflagers als Kommanditg. Z 11. 113) — De lege ferenda beachtenswerth sind die Bestimmungen im Entw. e. d. Ges. über Schuldverh., Art. 810—49.

In der Literatur sind die hier in Betracht kommenden Fragen eingehend nur von Thöl erörtert, I § 116—20, bei Gelegenheit der Kleinhandelsgesellschaften, die mit der oben § 36 Anm. 16 erwähnten Maßgabe dem bürgerlichen Recht angehören. Die Darstellung desselben ist indeß im Wesentlichen eine Darstellung des früheren, durch das H.G.B. beseitigten Handelsrechts. Die Anwendbarkeit der Kommanditgesellschaft auf Civilgesellschaften nimmt Renaud an, Recht der K.G. S. 91, 93, dagegen Ehrenberg beschr. Haftung S. 323, Thöl § 116 nach Anm. 4. Vgl. auch Go I S. 526 Anm. 33. — Aus der Judikatur: R 2. 95 (423): 5. 81 (365); 9. 56 (190); 11. 87 (264); 13. 124 (385); 15. 67 (236); 18. 102 (405); 21. 112 (350); R.civ. 6. 2 (10); 8. 31 (122); Seu. 21. 96; 22. 255; 27. 5; Z 11. 113.

Fremdes Recht. In Frankreich ist bei der Berathung der neueren Gesellschaftsgesetze, namentlich des Ges. v. 24. Juli 67 mehrfach beantragt worden, alle K.gen auf Aktien und A.gen den Bestimmungen des Handelsrechts zu unterwerfen. Die dahin gehenden Anträge gelangten jedoch nicht zur Annahme, weil die Regierung eine Vorlage in Aussicht stellte, die indeß nicht erfolgt ist. Die Jurisprudenz befindet sich demgemäß gegenüber den sociétés civiles revêtant une forme commerciale in unerquicklichem Schwanken, was sich um so empfindlicher geltend macht, als einzelne Gesetze (Berggesetz. 20. April 1810 Art. 8,

Digitized by Google

Stempelges. 5. Juni 1850 Art. 14) die Existenz civiler A.gen ausdrücklich voraussetzen. Bédarride verlangt zum Vorhandensein einer Hg. stets eine auf Handelsgeschäfte gerichtete Unternehmung. Hiernach ist die Form der o. Hg., der einfachen und der A K.G. zu anderen als Handelszwecken schlechthin unzulässig; auf die in diesen Formen errichteten G.en des bürgerlichen Rechts soll trotz der handelsrechtlichen Form der Code civ. zur Anwendung kommen, der die G.er unbeschränkt, aber nach Kopftheilen für die G.schulden haften läßt, Art. 1862 s. Eine von seinem Standpunkt aus unmotivirte Ausnahme macht Béd. in Betreff der G.en zur Ausbeutung von Bergwerken, die er, wenn sie sich an fremdes Kapital wenden, als H.gen angesehen wissen will. A.gen sind nach ihm auch außerhalb des H.rechts zulässig. Nach welchen Gesetzen aber sind dieselben zu beurtheilen? Bédarr. beschränkt sich auf die Bemerkung, daß die Art. 1—4 des Ges. v. 1867 auf sie nicht anwendbar seien. Eine andere, z. B. von Lyon Caën vertretene Ansicht geht von dem Grundsatz aus: la forme emporte le fond und will demnach auf alle G.en, die h.rechtliche Formen annehmen, die H.gesetze zur Anwendung bringen, mit Ausnahme der Vorschriften, die ausschließlich auf die H.gen im engeren Sinne berechnet seien. Lyon zählt dahin die Bestimmungen über die Zuständigkeit der H.gerichte und das Fallissement (Andere auch die fünfjährige Verjährung) und meint, daß die Civilg.en nie als juristische Personen anzusehen seien; vgl. Béd. sociétés I. 85 ss., 122 s; comm. de la loi 24. juill. 67 I 321, II. 519; Brav. Veyr. I p. 180; Lyon No. 278, 290, 534 ss.; Z 6. 550. — Gleich dem französischen enthält das holländ. Recht keine hierher gehörigen Bestimmungen; Kist III bl. 244 erklärt es für unbedenklich, daß auch G.en des bürgerlichen Rechts sich in den Formen der H.gen konstituiren können und nimmt an, daß auf dieselben die Vorschriften des H.G.B.s entsprechende Anwendung finden. — Das span. G. v. 6. Juli 1859 bestimmt, daß die G.en zur Aufsuchung und Ausbeutung von Mineralien in den Formen der H.gen errichtet werden können und daß alsdann die Vorschriften des H.G.B.s und der sonstigen H.gesetze auf sie anzuwenden sind. Ähnlich Belgien 136, welches jedoch nur die Ausbeutungsgesellschaften nennt und verlangt, daß sich dieselben den Bestimmungen des H.G.B.s über H.gen unterwerfen, ihnen aber für diesen Fall die Bewahrung ihres civilrechtlichen Charakters zusichert. Nach Namur No. 1396 besteht letzterer in dem Ausschluß der H.gerichtsbarkeit. — In Portugal sind die Beschränkungen auf H.unternehmungen implicite für A.gen beseitigt durch das Aktiengesetz v. 22. Juni 67, welches sowohl in der Begriffsbestimmung wie in seinen sonstigen Anordnungen allgemein gefaßt ist. — Italien 229 verordnet ausdrücklich, daß Civilg.en die Form der A.gen annehmen können und als solche den Vorschriften des H.G.B.s mit Ausnahme der das Falliment und die Kompetenz betreffenden unterworfen sind; Vidari folgert hieraus, daß die Errichtung bürgerlicher G.en in den Formen der offenen und der K.G. unzulässig ist. — Schweiz 552, 590 fordert für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft den Betrieb eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, gestattet aber auch anderen Gesellschaften, „Kollektiv- oder Kommanditg.en zu werden", wenn sie sich als solche in das H.register eintragen lassen. In der Definition der A.G. Art. 612 fehlt die Beziehung auf den H.zweck ganz. — Ungarn stimmt, abgesehen von der hier fehlenden A.K.G. (oben S. 441) mit dem jetzigen D.H.R. überein.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die offene Handelsgesellschaft.*)

§ 63.

A. Begriff. Ursprung.[1])

Die offene Handelsgesellschaft ist eine Handelsgesellschaft[2]) mit

---

*) Literatur. Vor dem H.G.B.: Martens, Heise § 21; Morstadt § 21.C; Pöhls § 95, 97; Brinckmann § 36—53; Fischer-Ellinger § 98—119; Mittermaier D. Pr.R. II § 555; Gengler Lehrb. I § 109, 110; Treitschke Lehre v. d. unbeschränkt. oblig. Gewerbegesellschaft und von Kommanditen 1844 (2. Aufl. der 1825 ersch. Lehre v. d. Erwerbsgesellschaft). — Nach dem H.G.B. (außer den Kommentaren): Thöl I § 88—101; Auerbach Gesellschaftswesen S. 9—107; Auerbach Handelsgesetz S. 106—145; Endemann H.R. § 34—47; Wächter H.R. II § 31—36; Lastig in Endem. Handb. I § 80—95; auch Renaud Das Recht der Kommanditgesellschaften 1881 zieht die Bestimmungen über die o. Hg. in den Bereich seiner Erörterungen. — Fremde Literatur: Pard. IV No. 1004—1026; Bédarr. sociétés und comm. de la loi du 24. 7. 67 zu den auf die offene G. bezüglichen Artt.; Brav. Veyr. (éd. Demangeat) I p. 183 ss.; Lyon No. 292 bis 340; Namur II p. 57 ss.; Holtius I bl. 102 v.; Kist III b l. 245 v.; Vidari II No. 698—832.

[1]) Die meisten außerdeutschen Gesetzbücher haben sich die französische Bezeichnung der o. Hg. société en nom collectif angeeignet, so Belgien, Italien, Spanien: compañia colectiva, Ungarn, Schweiz Kollektivgesellschaft. Sachlich dasselbe besagt der holländ. Name vennootschap onder ene firma, ebenso Portugal sociedade com firma, aber auch s. ordinaria, s. em nome collectivo (Port. 548). Von den Entw. hat zuerst W., dann auch Pr. die Bezeichnung offene Hg.; Er nennt sie Kollektivgesellschaft; Or. Kollektiv- (öffentliche) G.; Om. spricht von öffentlichen Gesellschaftern, ohne die G. selbst zu benennen. Die heutige französ. Bezeichnung scheint erst durch den Co. in Aufnahme gekommen zu sein; der offizielle Name der Ord. du comm. (tit. IV not. 1) ist société générale; Bornier und Jousse führen als synonym die Ausdrücke s. ordinaire, s. libre an. — Der Ursprung der deutschen Benennung ist die compagnia palese der ital. Statuten, die allerdings über unsere o. Hg. hinausging, Lastig S. 720; Lattes Il diritto comm. nella legisl. statut. p. 177 not. 72. Nicht zutreffend ist es, wenn Lastig a. a. O. S. 328 die Ausdrücke offener und stiller Gesellschafter, bezw. offene und stille Gesellschaft lediglich darauf zurückführen will, daß erstere in den auch dem Geschäftspersonal zugänglichen sog. offenen Handlungsbüchern, letztere dagegen nur in den Geheimbüchern als Gesellschafter vermerkt worden seien. Die öffentlichen Gesellschafter wurden nicht blos auf dem Titel der Handelsbücher verzeichnet, sondern auch in das Handelsregister eingetragen (Lattes a. a. O., Lastig S. 345), so daß die compagnia palese ihren Namen nicht blos deswegen führte, weil sie sich dem Geschäftspersonal (so Lastig), sondern mehr noch, weil sie sich dem Publikum als Gesellschaft kundgab. Treffend verdeutscht sie Kuppener durch

Digitized by Google

unbeschränkter Haftung sämmtlicher Mitglieder.[3]) Die Unbeschränktheit muß im Verhältniß der Gesellschaft nach außen, d. h. gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, vorhanden sein;[4]) nicht ausgeschlossen ist, daß die Gesellschafter unter einander eine beschränkte Betheiligung am

---

„mergkliche Gesellschaft"; s. Schmidt in der Anm. 9 angef. Abh. S. 45; ebendas. auch andere Bezeichnungen der o. Hg. im älteren deutschen Recht; Maskopei oben § 61 Anm. 1. Der Name offene Handelsgesellschaft scheint übrigens, wenn auch vielleicht schon früher bekannt, doch erst in diesem Jahrh., und auch nur allmälig, üblich geworden zu sein. Die österr. W.O. von 1763 kennt gleich Om nur öffentliche Socien (Meißner I S. 11); die offizielle Bezeichnung des Pr. L.R.'s II. 8 § 617 ist „fortwährende Societätshandlung unter einer gemeinschaftlichen Firma". Gesetzlich rezipirt ist der Ausdruck offene G. m. W. zuerst im Anh. z. bad. L.R. § 19 f.; in der Doktrin braucht ihn als einer der frühesten Heise in seinen 1814—17 gehaltenen Vorlesungen S. 54 f., obwohl auch er bemerkt, daß sich für die o. G. kein eigner deutscher Name finde. Martens und Bender kennen die Bezeichnung nicht; selbst noch nicht Treitschke.

[2]) In dem Begriff der Handelsgesellschaft liegt das Erforderniß des Handelsbetriebs unter gemeinsamer Firma, oben S. 444 f., auch § 64 Anm. 3.

[3]) Art. 85[1]: Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist. Zur Redaktionsgeschichte v. Hahn § 1, vgl. auch W 181, Er 4, Or 80. Von den fremden Gesetzbüchern kommt dem D. H.G.B. am nächsten Schweiz 552[1] „wenn zwei oder mehrere Personen, ohne ihre Haftbarkeit nach Maßgabe der folgenden Titel zu beschränken" u. s. w. (oben S. 441). Die solidarische Haftung rechnet unter die Begriffsmerkmale Ungarn 64[1] und Italien 76[1]. Dagegen beschränkt sich auf die Hervorhebung des Handelsbetriebs unter gemeinschaftlicher Firma Co. 20: La société en n. c. est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce pour une raison sociale. Wörtlich gleichlautend Holland 16, Belgien 15; inhaltlich übereinstimmend Port. 548. Ganz abweichend Spanien 265[1], wonach das Wesen der Kollektivgesellschaft darin besteht, daß der Gesellschaftsvertrag unter sämmtlichen Gesellschaftern geschlossen wird (bajo pactos communes a todos los socios) und daß die Gesellschafter in dem unter einander festgestellten Verhältniß an den Rechten und Pflichten der G. participiren. Hier wird also das für die o G. nicht charakteristische innere Verhältniß betont Lediglich auf eine Fassungsverschiedenheit läuft es hinaus, daß Schweiz und Ungarn gleich dem D. H.G.B. nur die Voraussetzungen für das Vorhandensein, bezw. die Entstehung der o. Hg. bezeichnen, während die übrigen Gesetzbücher wirkliche Definitionen enthalten.

[4]) v. Hahn zu d. Art. Anm. 3. Die daselbst gebilligte Ausstellung Munzinger's gegen die Fassung des H.G.B.'s ist nur insofern begründet, als das Wort Betheiligung nicht nothwendig auf das Verhältniß zu den Gläubigern bezogen zu werden braucht. Der Sinn des Gesetzes ist unzweifelhaft, vgl. auch Anschütz Komm. S. 77 Anm. 10.

Digitized by Google

Gesellschaftsfond verabreden.[5]) Die unbeschränkte Haftung steht im Gegensatz zur Beschränkung auf Vermögenseinlagen; sie hat die Folge, daß jeder Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern mit seinem ganzen Vermögen für den vollen Betrag der Gesellschaftsschulden einsteht.[6])

Gewerbliche Vereinigungen mit Solidarhaft der Mitglieder scheinen schon bei den Römern mehrfach vorgekommen zu sein;[7]) ein bestimmt bezeugtes Beispiel ist die Argentariensocietät. Indeß wird dieselbe in den Quellen nur in spärlichen Andeutungen erwähnt,[8]) ein auch nur mittelbarer Zusammenhang mit den neueren Gesellschaftsformen ist nicht ersichtlich. Andererseits hat man die Haftung der offenen Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden durch eine wechselseitige praepositio institoria begründen wollen;[9]) allein auch diese Herleitung ist verfehlt, mag man sie als eine historische oder dogmatische Erklärung ansehen.[10]) Wie alle übrigen, so ist auch die

---

[5]) Eine Beschränkung auf Einlagen im Verhältniß der Gesellschafter zu einander, bezw. zum Gesellschaftsfond ist nicht blos statthaft, sondern die vom Gesetz vorausgesetzte normale Gestaltung des inneren Verhältnisses, unten § 66.

[6]) Art. 112. Die Haftung für den ganzen Betrag der Gesellschaftsschulden (Haftung in solidum) im Gegensatz zur Haftung pro rata tritt kraft Rechtssatzes ein, wenn die Betheiligung nicht auf Vermögenseinlagen beschränkt ist. Durchaus zu billigen ist es daher, daß die N. C. abgelehnt hat, die solidarische Haftung in die Begriffsbestimmung aufzunehmen, Prot. 978 f., 1146; v. Hahn und Anschütz a. a. O. Zu beachten ist, daß die solidarische Haftung im vorgedachten Sinne nicht blos bei der offenen Hg. vorkommt. Auch der Kommanditist haftet in tantum seiner Einlage für den vollen Betrag der G schulden und in gewissem Sinne gilt das Gleiche von dem Aktionär bei der A.G — Das H.G.B. kennt keine Handelsgesellschaften mit Quotenhaftung der Gesellschafter. Die Frage, ob eine G. als o. Hg. anzusehen ist, ist eine Rechtsfrage, daher kein Gegenstand der Eideszuschiebung oder des Geständnisses, Seu. 27. 73.

[7]) Windscheid § 297[8]; Roesler Z. 4. 266 ff.; Gensel Arch. f. prakt. R.wissensch. N. F. I. 197.

[8]) Auct ad Herenn. 2. 19; L. 9 pr., 25 pr., 27 pr. de pact. (2. 14); L. 34 pr. de recept. (4. 8); L. 52 § 5 pro soc. (17. 2); dazu Kraut de argentar. p. 42 s.; v. Savigny Obl.R. I S. 150, 173 ff.; Roesler S. 269; Gensel S. 196; Pernice Ztschr. d. Sav.Stift., roman. Abth. 3. 91.

[9]) Vermittelst des Satzes, daß mehrere Präponenten eines gemeinsamen institor dem dritten in solidum haften. Ueber das Alter dieser Begründung Gensel S. 199 ff.; Endemann Studien I. S. 389. Spuren derselben in deutschen Quellen, anscheinend auf italienische Einflüsse zurückzuführen; Stobbe Z. 8. 51 f.; Schmidt H.gen in d. Stadtrechtsquellen S. 73 f. In neuerer Zeit ist sie namentlich von Thöl (jetzt § 118) und dem O.A.G. Lübeck vertreten worden. Außerhalb Deutschlands Kist III bl. 269 v.; de Wal I bl. 94 (unentschieden).

[10]) Dagegen besonders Windscheid § 407 Anm. 7, Dietzel Arch. f. W.R.

Digitized by Google

offene Handelsgesellschaft aus dem mittelalterlichen italienischen Handelsverkehr hervorgegangen; in den Statuten der nord- und mittelitalienischen Städte hat sie ihre erste gesetzliche Regelung erhalten.[11]) Neuere Untersuchungen machen es wahrscheinlich, daß sie aus der Familiengenossenschaft hervorgegangen ist und daß die ersten derartigen Gesellschaften unter Brüdern geschlossen worden sind, die in ungetheilter Wirthschaft lebend ein durch Erbgang auf sie gediehenes Handelsgeschäft für gemeinsame Rechnung fortsetzten.[12])

---

7. 50 f.; v. Hahn zu Art. 112 § 2; Römer Abh. aus dem röm., H. und W.R. S. 160 Anm. 14; Lastig Z 24. 426; Pernice a. a. O. S. 92[1]. Die Anknüpfung an obigen Satz des röm. R.s versagt insbesondere im Fall einer von den Socien gemeinschaftlich eingegangenen Verbindlichkeit. Hier wurde im Gegensatz zu den Quellen schon frühzeitig Solidarhaft auf Grund eines allgemeinen Handelsgebrauches angenommen, Decis. rot. Gen. 30. 5; 46. 5 procedit potius ex consuetudine mercatoria quam de jure, sed est notoria; vgl. auch die bei Bornier II p. 471 mitgetheilten Entsch. aus dem älteren franz. Recht. War aber dieses Gewohnheitsrecht einmal anerkannt, so war nur ein kleiner Schritt zu dem weiteren Satz, daß wenn ein Socius Verpflichtungen im Namen der übrigen Socien oder unter der Soc.firma (nomen societatis) eingehe, dies einer gemeinschaftlichen Eingehung der Verbindlichkeit gleichkomme (illud est expendere nomen insimul). Dabei wurde zwar der einzelne Socius ebenfalls als Vertreter der übrigen Socien, bezw. der Societät behandelt und insofern kam das Institorenverhältniß auch jetzt noch zur Geltung, allein man hatte nun doch in jenem Handelsgebrauch eine selbstständige Grundlage für die Haftung gewonnen. Auch diese Konstruktion findet sich bereits neben der älteren in den Decis. rot. Gen. angedeutet. Andererseits entstand die Ansicht, daß blos gemeinschaftlich handelnde Socien in solidum haften, der Namens der G. auftretende Socius aber die Mitgesellschafter pro ea summa tantum verpflichte quam in societate habere compertum fuerit, Stracch. de contract. merc. No. 15. Deutlich weist auf letztere Ansicht hin Ord. du comm. IV. 7: Tous associés seront obligés solidairement ..., encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie. Vgl. auch Co. 22; Port. 549; Belg. 26. Pr. L.R II. 8 § 647: Die G. wird „sowohl durch gemeinschaftlich abgeschlossene und unterschriebene Verträge als durch die Handlungen einzelner Mitglieder, insofern dieselben als Faktoren zu betrachten sind, verpflichtet." Ueber die vorstehende Entwickelung im Allgemeinen Frémery études p. 21; Massé III No. 1947; Gensel S. 203 f.; Endemann Studien I. 397.

[11]) Vgl. hierzu die angef. Abhandl. von Kuntze S. 183; Gensel S. 197; Lastig S. 404, Ders. in Endem. Handb. I S. 329 f. und Florentiner H.register des M.A's, Halle 1883, bes. S 14 ff. Endemann Studien I S. 353 ff., 358, 387 ff.; Lattes p 160. Zur Geschichte der o. Hg. in Deutschland Kuntze a. a. O.; Stobbe Z 8. 51 ff., jetzt besonders Schmidt in der Anm. 9 gen. Abh.

[12]) Für diese Herleitung Kuntze, Lastig, Lattes, Schmidt a. a. O.; auch Gierke Genossensch. III S. 424[27]. Dagegen Roesler Z 4. 326; zweifelnd

Digitized by Google

§ 64.

B. Errichtung und Eintragung.

I. Der Vertrag, durch welchen die offene Handelsgesellschaft errichtet wird, bedarf keiner bestimmten Form.[1]) Er kann demnach nicht bloß durch mündliche Vereinbarung, sondern auch auf Grund einer lediglich in konkludenten Handlungen sich kundgebenden Willensübereinstimmung zu Stande kommen.[2]) Immer aber muß die

---

Pernice a. a. O. S. 91[1]. Als feststehend darf betrachtet werden, daß die Erbengemeinschaft (Ganerbschaft) auf die Gestaltung der o. Hg. eingewirkt hat und daß ein, wenngleich bei den italien. Juristen nicht bewußt hervortretender Zusammenhang zwischen der deutschrechtlichen gesammten Hand und der Rechtsstellung der offenen Gesellschafter, sowohl bezüglich ihrer Berechtigung am Societätsvermögen wie bezüglich der solidarischen Haft für die Societätsschulden vorhanden ist; Kuntze S 210 f.; Lastig S. 437, ders. Florentiner H.register des M.-A.'s S. 26 f., abweichend Schmidt S. 66 f. — Etymologisches oben S. 436 Anm. 1.

[1]) Art. 85[2], unten Zus. I zu d. §. Durch die Bestimmungen über die Anmeldung zum Handelsregister wird nicht, wie v. Hahn zu d. Art. § 5 meint, die schriftliche Abfassung implicite vorgeschrieben (ähnlich Anschütz S. 84). Die Anmeldung, selbst wenn von sämmtlichen Gesellschaftern unterzeichnet, kann, von allem Anderen abgesehen, schon darum nicht als schriftlicher Vertrag gelten, weil die darin enthaltene Erklärung lediglich dem Richter gegenüber abgegeben ist; s. folg. Anm. — Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Bedeutung, welche die Verabredung einer bestimmten Form hat, sowie über die Unstatthaftigkeit mündlicher Nebenabreden oder Abänderungsverträge neben dem schriftlichen Vertrag sind durch Art. 85[2] nicht beseitigt, kommen demnach auf G.verträge nur dann nicht zur Anwendung, wenn dieselben als H.geschäfte gelten, unten § 65 Anm. 4.

[2]) Thatsächlich bestehender Geschäftsbetrieb unter gemeinsamer Firma, Ankündigung der Gesellschaft durch Circuläre u. dgl. Anschütz S. 81; zweifelhafter Sachverhalt Bu. 18. 398; äußere Erscheinung einer o. Hg. Bu. 6. 136 (Jena 63, vor dem H.G.B.). Als konkludente Thatsache kann auch die Anmeldung zum Handelsregister in Betracht kommen, Wiener Z 24. 460. Nicht ganz korrekt R 13. 95 (285). — Wie bloßes thatsächliches Verhalten zur Errichtung der o. Hg. genügt, so kann hierdurch auch für den Einzelnen die Stellung als offener Gesellschafter begründet werden, so namentlich wenn Jemand sich mit dem Willen der übrigen Socien als offener Gesellschafter bezeichnet oder mit seinem und der übrigen Gesellschafter Einverständniß als solcher bezeichnen läßt. Bestimmte Ausdrücke sind nicht erforderlich; doch muß die Bezeichnung derartig sein, daß über die Art der Betheiligung kein Zweifel bestehen kann, R 15 7 (21); Cl. u. A. 1. 81. Bezeichnung als Associé? R 15. 120 (429); Bu. 8. 298 (O.A.G. Lübeck 65); Prot. 167. Wer sich selbst als o. Gesellschafter bezeichnet, wird auch ohne Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrages bei dieser Erklärung behaftet und kann auf Grund derselben von Dritten in Anspruch genommen werden, R 13. 120 (375); 24. 84 (320). Ausführliche Bestimmungen hierüber Portugal 628 ff.; vgl. auch oben S. 255 Anm. 26, S. 268.

Digitized by Google

Willensübereinstimmung auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet sein.[3]) Fehlt es an diesem Willen, so ist, auch wenn thatsächlich ein Handelsgewerbe von mehreren Personen betrieben wird, wie überhaupt keine Handelsgesellschaft, so niemals eine offene Gesellschaft vorhanden.[4])

II. Die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter braucht nicht positiv gewollt zu sein; sie tritt kraft Rechtssatzes ein, wenn keine Beschränkung auf Einlagen verabredet ist. Daraus folgt, daß eine offene Gesellschaft stets anzunehmen ist, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Handelsgesellschaften vorhanden sind und in Betreff keines Gesellschafters eine beschränkte Haftung bedungen ist.[5])

III. Prinzipale des Gesellschaftsgeschäfts und mithin Kaufleute im Sinne des H.G.B.'s sind sämmtliche Gesellschafter.[6]) In Bezug auf die Fähigkeit zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages gelten daher dieselben Erfordernisse wie für die Begründung der Prinzipalschaft in der Person des Einzelkaufmannes.[7]) Uebrigens können sowohl physische wie juristische Personen offene Gesellschafter sein.[8])

---

[3]) Annahme einer gemeinschaftlichen Firma als Erforderniß für das Vorhandensein einer o. Hg. R 1. 74 (259); 2. 95 (423); 5. 90 (387); 7. 111 (430); 8. 61 (248); 12. 115 (406); 13. 95 (286); 15. 120 (426); Z 2. 416; 11. 526; 15. 211; 22. 277; Bu. 6. 136; 9. 292; 12. 248; 24. 315, 345; Seu. 35. 305 (R.civ.); 37. 134 (München oberste L.G.). Diesem Erforderniß kann auch durch Annahme einer den Vorschriften über Gesellschaftsfirmen nicht entsprechenden Firma genügt werden. Nothwendig ist nur, daß gemeinschaftlicher Handelsbetrieb unter einem Gesammtnamen gewollt ist; vgl. Puchelt Bu. 8. 400 ff. Anders Thöl § 88 Anm. 3; Anschütz S. 82.

[4]) Oben § 61 Anm 3. Unterscheidung blos einleitender Verhandlungen vom Abschluß des Societätsvertrages R 15. 120 (428); 9. 14 (38). — Aenderungen des G.vertrages bedürfen der Zustimmuug sämmtlicher Socien. Die Gesetzgebungen, welche für die Errichtung der o. Hg. eine bestimmte Form vorschreiben, verlangen dieselbe Form auch für solche Aenderungen, Zus. am Schluß d. §.

[5]) Dieses negative Erforderniß braucht von dem, der das Vorhandensein der o. Hg. behauptet, nicht erwiesen zu werden, R 13. 95 (286); 15. 7 (21); Z 15. 211; Bu. 9. 294; 12. 248; Puchelt Bu. 8. 404; v. Hahn zu Art 85: „Die o. Hg. ist die Handelsgesellschaft schlechthin", ein Ausdruck, gegen den Lastig in Endem. Handb. I S. 318 f. ohne Grund ankämpft. Bedenklicher ist es, wenn Anschütz Komm. S. 74 die negative Fassung des Art. 85 als eine „allgemeine Präsumtion" für die o. Hg. bezeichnet. Eine Präsumtion enthält Art 85 überhaupt nicht. Vgl. übrigens auch Anschütz Bu. 10. 92: oben § 63 Anm. 12.

[6]) Oben § 25 S. 105, dazu jetzt Lastig a. a. O. S. 348.

[7]) Oben § 32—35; hinzuzufügen Renaud, K.G. S. 137 f. Minderjährige H.gesellschafter Bu. 19. 40 (franz Recht); 27. 57 (gem R); 41. 306 (Pr. L.R. Die hier aus dem A.L.R. hergeleitete Entlassung des minderjährigen Haussohnes

Digitized by Google

IV. Die Eintragung ist keine Voraussetzung für die Entstehung der offenen Handelsgesellschaft, wohl aber ist die Errichtung derselben eine der Eintragung in das Handelsregister bedürftige Thatsache.[9]) Die Eintragung soll bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich der Sitz der Gesellschaft befindet, wie bei den Gerichten etwaiger Zweigniederlassungen erfolgen.[10]) Zur Anmeldung verpflichtet sind sämmtliche Gesellschafter.[11]) Anmeldung und Eintragung muß enthalten, soll sich aber auch beschränken[12]) auf die Bezeichnung der Gesellschafter,

als Folge der väterlichen Einwilligung zur Eingehung einer o. Hg. ist nach der Vorm.O. v. 5. Juli 1875 weggefallen). — Renaud a. a. O. nimmt an, daß, wenn eine Ehefrau sich mit ehemännlichem Konsens an einer o. Hg. betheiligt hat, der Ehemann nicht durch Zurücknahme seiner Einwilligung die Frau zum Austritt nöthigen, auch nicht statt ihrer die Kündigung bewirken, bezw. die Auflösungsklage anstellen könne. Ersteres ist unrichtig. Die Zurücknahme des Konsenses kann nach Art. 6[1] willkürlich erfolgen, sie entzieht der Ehefrau die Eigenschaft als Kauffrau und mithin auch die Fähigkeit, o. Gesellschafterin zu sein. Demnach tritt nach Analogie von Art. 123[3] Auflösung der G., bezw. auf Grund von Art. 127 Ausscheiden der Ehefrau ein; diese kann nur noch Behufs der Liquidation oder Behufs Abwickelung der schwebenden Geschäfte als Gesellschafterin gelten, oben § 35 Anm. 15. Eine Kündigung oder eine Auflösungsklage seitens des Ehemannes findet hiernach allerdings nicht statt, wohl aber kann derselbe nach Civ.Pr.O. § 231 auf Feststellung der erfolgten Auflösung oder des Ausscheidens seiner Ehefrau klagen.

[8]) Können Handelsgesellschaften und Genossenschaften Mitglieder einer o. Hg. sein? Es ist zu unterscheiden: Betheiligt sich eine o Hg. A als offene Gesellschafterin an einer anderen offenen Gesellschaft B, so bedeutet dies, daß die Mitglieder der Gesellschaft A zugleich Mitglieder der Gesellschaft B werden und daß die Gläubiger der Gesellschaft B auch in Bezug auf das Vermögen der Gesellschaft A als Gesellschaftsgläubiger gelten sollen. Eine solche Vereinbarung ist statthaft. Undenkbar ist dagegen, daß eine Kommanditgesellschaft (einfache K.G. auf Aktien) die Stellung einer o. Gesellschafterin einnehme; es würde hier in Wahrheit niemals eine o. Hg., sondern eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung einzelner Theilnehmer vorhanden sein. Ebenso ist eine solche Betheiligung, wenngleich aus einem anderen Grunde, seitens der A.G. und eingetragenen Genossenschaft ausgeschlossen, nämlich deswegen, weil sie mit der Organisation der gedachten Vereinigungen unverträglich ist. Anders Puchelt nnd Keyßner zu Art. 86; Renaud K G. S. 137.

[9]) Oben S. 232. Abkommen, daß eine in Deutschland errichtete Hg. nicht in das H.register einzutragen sei R 2. 6 (37); Eintragung einer Hg. nach ihrer Auflösung R 23. 79 (227), auch R 22. 45 (201), oben S. 239 Anm. 55.

[10]) Art. 86[1], oben S. 239 Anm. 55.

[11]) Bu. 8. 194; 9. 292, oben S. 235. Klage auf Anmeldung Anschütz II S. 102; Laband Z 14. 641.

[12]) Hierher gehörige Detailfragen bei Anschütz, Puchelt, Keyßner, Scheffer und Groß, Wengler zu Art. 86, auch Anschütz Bu. 10. 88 ff.

Digitized by Google

die Firma[13]) und den Sitz der Gesellschaft[14]), den Zeitpunkt des Beginnes der Gesellschaftsgeschäfte[15]) und auf etwaige Vereinbarungen über den Ausschluß einzelner Gesellschafter von der Vertretungsbefugniß oder über die Anordnung einer Kollektivvertretung.[16]) In gleicher Weise sind Veränderungen, die während des Bestehens der Gesellschaft in diesen Thatsachen eintreten, anzumelden und einzutragen.[17]) Mit der Anmeldung ist die Zeichnung der Gesellschaftsfirma seitens der zur Vertretung befugten Gesellschafter einzureichen.[18]) Die Unterlassung der Anmeldung zieht Ordnungsstrafen und, soweit es sich um befreiende Thatsachen handelt, die oben erörterte Folge der relativen Nichtigkeit nach sich.[19])

Zusatz. I. Mit dem H.G.B. stimmen in Bezug auf die Formlosigkeit des G.vertrages überein Ungarn 64², Schweiz 552. Die Eintragung in das H.register ist nach keinem der beiden Gesetzbücher Bedingung der Entstehung, oben Zus. zu § 39, Schweiz 869. — Das franz. Recht verlangt notarielle oder schriftliche Urkunde (im letzteren Fall für jeden Socius eine besondere Ausfertigung), Co. 39; Code civ. 1352, und Publikation. Ueber letztere oben S 243 f. Wie das. bemerkt, gilt die nicht gehörig publicirte G. sowohl Dritten gegenüber wie unter den Gesellschaftern als nichtig Doch wird sie, sofern es sich um Ansprüche Dritter gegen die G. handelt, als sog société de fait behandelt. Den Gesellschaftern gegenüber bedeutet die Nichtigkeit, daß sie nicht verpflichtet sind, in der G. zu bleiben und jederzeit die Nichtigkeitserklärung derselben beantragen können. So lange sie aber beim Vertrag beharren, ist derselbe in Betreff ihrer gegenseitigen Verpflichtungen maßgebend. Bestritten ist, ob sich die Gesellschafter in diesem Fall auch auf einen mündlichen Vertrag berufen können. Nothwendigkeit der Beurkundung für pacta adjecta und Abänderungsverträge Co. 41. Näheres Béd. sociétés I. 34 ss.; Lyon No. 296, 313.

Im Wesentlichen dieselben Formen wie das französische Recht schreiben vor Holland 22 v., Portugal 591 ss., Belgien tit. 9 art. 4 ss., neues ital.

Der Vorbehalt in § 3 B. 2 des R.E.G.'s (oben § 39²⁸) ist für die Anmeldung der o. Hg. ohne Bedeutung.

[13]) Form der Firma oben S. 255.

[14]) Oben 225, 446.

[15]) Unten § 71 Aus Art. 86³ in Verbindung mit Art. 110 folgt, daß es eines Vermerkes hierüber nur bedarf, wenn der Geschäftsbeginn vor der Eintragung stattgefunden hat.

[16]) Unten § 73.

[17]) Art. 87.

[18]) Art. 88, oben § 39 Anm. 4: Beifügung der Namensunterschrift, insbesondere im Fall der Kollektivvertretung Bu. 2. 171; 17. 203; Z 15. 228; Cl. u. A. 3. 337; Fleischauer in Gruchot Beitr. 17 S. 447; Keyßner Z 14. 442; Renaud K.G. S. 363 f.

[19]) Art. 99, 115, oben S. 238 f.

Digitized by Google

G.B. 87 ss. Was die Folgen der Formversäumniß anlangt, so bestimmt das holländ. G B, daß der Mangel einer Vertragsurkunde Dritten nicht entgegengesetzt werden kann; in Betreff der Wirkung unter den Gesellschaftern besteht eine ähnliche Streitfrage wie im franz. Recht; Holtius I bl. 118; de Wal I bl. 87; Kist III bl. 250. Folgen der Nichtveröffentlichung oben S. 246. — Nach Port. 593 sind formlose pacta adjecta und Abänderungsverträge ungültig, alle Abreden, durch welche die gesetzliche Haftung der Ger. geändert werden soll, Dritten gegenüber unwirksam; Folgen der Nichtveröffentlichung wie im holländ. Recht, Art. 600. — Belgien 4 hat die Streitfrage des franz. Rechts entschieden; der Mangel der schriftlichen Form kann nicht blos Dritten nicht entgegengesetzt werden, sondern wirkt auch unter den Gesellschaftern erst von dem Zeitpunkt an, in welchem die Nichtigkeitsklage erhoben ist. Wirkung der unterlassenen Veröffentlichung oben S. 245. — Nach dem ital. G.B. 98, 99 gilt die G. bis zur Erfüllung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht als gesetzmäßig konstituirt. Dritten kann der Mangel der Form nicht entgegengesetzt werden und diejenigen, die im Namen einer solchen G. gehandelt haben, haften unbeschränkt und solidarisch für die übernommenen Verbindlichkeiten. Die Gesellschafter können, so lange den gesetzlichen Formvorschriften nicht entsprochen ist, jederzeit die Auflösung der G. verlangen. Die G. gilt in diesem Fall ihnen gegenüber mit dem Tag, an welchem der betr. Antrag gestellt ist, als aufgelöst. — Spanien 284 ss. verlangt stets eine öffentliche Urkunde. Ist der G.vertrag in einer Privaturkunde errichtet, so gilt er nur als Vorvertrag. Sind vor Errichtung des solennen Vertrages die Geschäfte begonnen, so verfällt die Gesellschaft in eine Geldstrafe von 10,000 Realen und die Einrede der mangelnden Form kann sowohl den von der G. wie den von den Gesellschaftern gegen einander angestellten Klagen entgegengesetzt werden. Mängel der Veröffentlichung oben S. 246 f. — In England ist die Errichtung der partnerships an keine Form gebunden, Smith p. 25, doch sind schriftliche articles of partnership üblich.

In Deutschland war vor dem H.G.B. vielfach formelle, insbesondere schriftliche Errichtung vorgeschrieben, so namentlich nach Pr.L.R. II. 8. § 617 (hierzu Striethorst Arch. 41 S. 292; Koch zu H G.B. Art. 86 Anm. 3; Anschütz Komm. S. 79 Anm. 13) und in Oesterreich Fischer-Ellinger § 94, auch Prot. 168. Ebenso verlangen schriftliche Abfassung W 185; Er 6, 10, 13; Om 79, 81, 82; Or 81, 83, 84; Pr 92 f. — Die R. C. strich das Erforderniß aus sehr zutreffenden Gründen schon in 1. Les. und fügte in 2. Les., um Mißverständnisse zu beseitigen, das Al. 2 unseres Art. 85 hinzu, E. I 86; E. II 84; Prot. 166 ff., 1180 f.

II. Ueber den Modus der Veröffentlichung sowie über die Folgen der unterbliebenen Veröffentlichung nach den fremden Gesetzbüchern, oben Zus. zu § 39. Hier ist Folgendes hinzuzufügen. In Bezug auf die Art der Anmeldung wie auf die zu veröffentlichenden Thatsachen stimmen mit dem H.G.B. überein Ungarn 65, Schweiz 553. — Nach dem franz. Gesetz vom 24. Juli 1867 Art. 55, 57 (früher Co. 39, 41) ist der G vertrag binnen vierzehn Tagen nach der Errichtung der G. zu deponiren. Der zu veröffentlichende Auszug soll außer den in unserem Art. 86 Nr. 1—3 erwähnten Thatsachen den Endtermin der G., die Bezeichnung der zur Vertretung und Firmenzeichnung befugten Gesellschafter und die Angabe des Datums, an welchem der

Digitized by Google

G.vertrag eingereicht ist, enthalten. — Dem franz. Recht schließen sich an: Spanien 290, vgl. auch Art. 22, 26; Portugal 597—99; Holland 23—26; Belgien Tit. 9 Art. 7—11; Italien 88, 90, 93. Abweichungen: Holland und Portugal schreiben keine Frist für die Einreichung vor und lassen statt der Einreichung des Vertrages die Ueberreichung eines Auszuges zu; Belgien und Italien verlangen einen Auszug, haben aber die vierzehntägige Einreichungsfrist beibehalten. In Bezug auf den Inhalt der Bekanntmachung fordert mit Ausnahme des ital. keines der vorgen. Gesetzbücher die Angabe des Sitzes der G. Das Datum der Einreichung des G.vertrages lassen unveröffentlicht Holland, Belgien, Italien. In Betreff der Vertretung verlangt Holland ähnlich dem D.H.G.B. Benennung der von der Firmenzeichnung ausgeschlossenen Gesellschafter. Holland und Portugal verlangen auch Bezeichnung des Gegenstandes des Unternehmens, falls dasselbe auf einen speziellen H.zweig beschränkt sein soll und fügen eine generalis clausula hinzu bezüglich aller Bestimmungen des G.vertrages, die für die Rechte Dritter von Bedeutung sind. Italien fordert in allen Fällen Bekanntmachung des Gegenstandes, außerdem auch Veröffentlichung der Verabredungen über die Einlagen und ihre Bewerthung sowie in Betreff der Gewinn- und Verlustantheile der Gesellschafter.

Dem englischen Recht ist das Erforderniß der Publicität in Betreff der partnerships fremd.

Von den Entwürfen ordnet W 186 die Einreichung eines Auszuges binnen 14 Tagen seit der Vertragserrichtung an; Er Tit. 3 Art. 7 enthält gleich dem holl. G.B. keine Fristbestimmung und läßt die Wahl zwischen Ueberreichung des Vertrages oder eines Auszuges. Hinsichtlich des Inhaltes der Veröffentlichung stimmen beide Entw. fast ganz mit dem holl. Recht überein. — Pr 92, 94 verordnet Einreichung eines Auszuges binnen achttägiger Frist. Eingetragen und veröffentlicht werden dieselben Thatsachen wie bei uns, mit der Abweichung, daß der Zeitpunkt des Beginns der G. nur dann einzutragen ist, wenn dieselbe erst später, was nach dem Entw. zulässig ist, ihren Anfang nehmen soll. E. I 87 verlangt Eintragung der Erklärung, daß die Gesellschafter als offene zu betrachten sind, sonst besteht Uebereinstimmung mit dem H.G.B. In E. II 85 ist auch diese Differenz beseitigt. Weiter gehende Erfordernisse waren in den österr. Entw. Om 82 und Or 84 aufgestellt.

§ 65.

C. Rechtsverhältnisse während des Bestehens der Gesellschaft. Im Allgemeinen.

Es ist zu unterscheiden zwischen dem Rechtsverhältniß, welches durch den Gesellschaftsvertrag unter den Gesellschaftern begründet wird und den rechtlichen Beziehungen, in welche die Gesellschaft, bezw. die Gesellschafter als solche zu dritten Personen treten.[1]) Ersteres

[1]) Das H.G.B. hat diese Scheidung im zweiten und dritten Abschnitt unseres Tit. streng durchgeführt. Ebenso Er und Pr; in letzterem lautet die Ueberschrift des zweiten Abschnittes: von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter zur Gesell-

Digitized by Google

nennen wir das innere, letztere das äußere Verhältniß der offenen Gesellschaft.[2]) Die das innere Verhältniß der offenen Handelsgesellschaft betreffenden gesetzlichen Vorschriften sind überwiegend ergänzender Natur[3]); sie wollen der Mehrzahl nach nur Anwendung finden, wenn und insoweit die Gesellschafter nichts vereinbart haben.[4]) Eine Schranke hat die Vertragsfreiheit, sofern der Gesellschaftsvertrag keine dem Wesen der Societät zuwiderlaufende[5]) und insbesondere keine die

schaft, in 1. Les. geändert (Prot. 207). Nicht dagegen W und die österr. Entwürfe. Von den außerd. Gesetzbüchern haben Ungarn und Schweiz die obige Scheidung zu Grunde gelegt, Anklänge im span. und port. H.G.B.

[2]) Diese Bezeichnung ist in der Literatur und Rechtsprechung üblich, vgl. z. B. Windscheid § 406 f., v. Hahn S. 316 f.; R 5. 90 (390); 23. 109 (329); R.civ. 2. 10 (31). Dem Verhältniß der Socien zu einander stehen nicht nur die Beziehungen zu dritten Personen, sondern auch die ihnen im öffentlichen Interesse obliegenden Verpflichtungen gegenüber, R 20. 67 (244). Auch nach der Auflösung der G. kann der Gegensatz zwischen innerem und äußerem Verhältniß noch von Bedeutung sein, R 5. 18 (81); 8. 61 (247); R.civ. 7. 31 (94).

[3]) Art. 90; R.civ. 2. 10 (34). Zur Redaktionsgeschichte v. Hahn zu d. Art. § 1. Uebereinstimmend Ungarn 68, Schweiz 555. Eine Verweisung auf den Gesellschaftsvertrag enthält auch Co. 18. Hierüber und über die entsprechenden Bestimmungen der übrigen G.bücher oben Zus. II zu § 63. Vorschriften über den Inhalt des G.vertrages Spanien 286; Port. 592, 627; Italien 88; vgl. auch Om 82, Or 84. — Nach dem H.G.B. steht nichts entgegen, daß das innere Verhältniß der o. Hg. „nach Art der Kommandit- oder Aktiengesellschaft organisirt werde", v. Hahn zu Art. 90; Pard. IV No. 1011. Warum nicht auch nach Art der stillen G.? Art. 251 ist kein Hinderniß, da derselbe sich gar nicht auf das innere Verhältniß bezieht. Unbegründetes Bedenken bei Anschütz zu d. Art. Anm. 3. Vgl. auch R 15. 7 (21).

[4]) Durch die ergänzenden Bestimmungen des Gesetzes ist für die Regelung des inneren Verhältnisses in eingehendster Weise gesorgt; es bedarf daher „zur Perfection der Societät an sich lediglich der Feststellung des gemeinschaftlichen Endzwecks und der Mittel, durch welche derselbe erreicht werden soll", R 7. 72 (273). Die ergänzenden Bestimmungen des Gesetzes können aber nur dann Platz greifen, wenn die Parteien deren Anwendung gewollt oder über die Punkte, hinsichtlich deren das Gesetz bestimmt, nichts gewollt haben, nicht wenn keine Einigung erzielt oder eine Vereinbarung erst in Aussicht genommen ist, R 9. 14 (39); Bu. 17. 198. Hier fehlt es an einem perfekten G.vertrag. — Interpretation des G.vertrages R.civ. 2. 10 (30). Für die zur Anwendung zu bringenden Auslegungsregeln ist es von Bedeutung, ob man die Eingehung einer o. Hg. an sich, auch wenn die Kontrahenten nicht bereits Kaufleute sind, als H.geschäft ansieht, oben S. 133, 135 f., dagegen u. A. v. Hahn zu d. Art. Anm. 4, auch Bd. II S. 48. Ebenso für die Frage, ob der G.vertrag wegen laesio enormis anfechtbar ist, W 208, v. Hahn a. a. O.

[5]) Die Frage, ob ein derartiger Widerspruch vorhanden ist, wird in Ermangelung von Bestimmungen des H.G.B.s und von H.gebräuchen nach bürger-

Digitized by Google

Unredlichkeit eines Gesellschafters privilegirende Abrede enthalten darf.[6]) Im Gegensatz hierzu sind die auf das äußere Verhältniß der Gesellschaft bezüglichen Vorschriften des H.G.B.s fast sämmtlich zwingender Natur; dem Belieben des Gesellschaftsvertrages ist hier nur innerhalb enger Grenzen Raum gewährt.[7])

§ 66.

I. Inneres Verhältniß.

a. Charakter. Geltendmachung der Ansprüche aus demselben.

I. Das innere Verhältniß der offenen Handelsgesellschaft ist das Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu einander. Die aus demselben hervorgehenden Ansprüche stehen den Gesellschaftern [1]) auf Grund des Gesellschaftsvertrages und der denselben ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen zu. [1a]) Zum Theil sind diese Ansprüche unmittelbar mit der Eingehung des Gesellschaftsvertrages gegeben, zum Theil setzen

lichem Recht zu beantworten sein. Gemeines Recht Windscheid § 405 Anm. 14ff. und die das. angef. Stellen; Treitschke § 3, 4; Bu. 9. 313; Z 11. 528; Seu. 32. 134; Pr. L R. I. 17. 245 ff.; Dernburg II § 220; Förster (Eccius) II S. 405; österr. b.G.B. 1195 f.; dazu v. Kirchstetter, sächs. b.G.B. 1362; Dresd. Entw. 777. Eine hierher gehörige Bestimmung in Pr 111 (E. I 108, vgl. auch Er 28, W 208) wurde in 2. Les. als selbstverständlich gestrichen, obwohl sie, namentlich im Hinblick auf das französische Recht, nicht überflüssig gewesen wäre, Prot. 205 f., 1000; v. Hahn zu d. Art. Anm. 3. — Außerdeutsche Gesetzgebungen Code civ. 1833, 1855; Holländ. b G.B. 1656, 1671 v.; port. H.G B. 527, 532; ital. cod. civ. 1698, 1719; Schweiz 531. Zus. zu § 70.

[6]) Pactum ne dolus praestetur (Art. 105 Abs. 2); Ungültigkeit von Verabredungen, durch welche dem jus publicum angehörige Vorschriften des H.G.B.'s geändert werden, R 21. 31 (84). Ob die ungültige Abrede den G.vertrag überhaupt entkräftet oder selbst als nicht geschrieben gilt, bestimmt sich nach bürg. Recht

[7]) Fälle, in denen das Belieben der Gesellschafter nach Außen wirksam werden kann: Ausschließung von der Vertretungsbefugniß, Anordnung einer Kollektivvertretung; Abkommen über die Auflösung der G. oder das Ausscheiden von Gesellschaftern (Art. 146), Bestimmungen über die Liquidation.

[1]) Die Beschaffenheit des inneren Verhältnisses als eines Verhältnisses der Gesellschafter zu einander ergiebt sich aus seiner Vertragsnatur. Dasselbe kommt, wenn die Parteien nichts Anderes verabredet haben, mit dem Abschluß des Vertrages zur Entstehung, Pr.L.R. I. 17. 188; II. 8. 629; Code civ. 1843; Er 16. Daß die Ansprüche zunächst den Gesellschaftern gegen einander zustehen, nimmt auch v. Hahn S. 466 ff. an. Ueber seine Abweichungen von der obigen Auffassung Anm. 18 und Zus. I.

[1a]) Gemäß Art. 1 kommen auf das innere Verhältniß nächst den Bestimmungen des H.G.B.'s die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das bürgerliche Recht zur Anwendung, Lastig in Endem. Handb. S. 349, Prot. 207.

Digitized by Google

sie Handlungen des berechtigten und verpflichteten Gesellschafters voraus.[2]) Ihrem Inhalt nach sind sie theils auf Vermögensleistungen,[3]) theils auf ein bestimmtes positives oder negatives Verhalten der Gesellschafter (Vornahme, Gestattung, Unterlassung von Handlungen) gerichtet.[4]) Bei den auf Vermögensleistungen gerichteten Ansprüchen handelt es sich nicht um Leistungen eines Gesellschafters an den andern, sondern um Leistungen an die arca communis, den Gesellschaftsfond, bezw. aus demselben an die Gesellschafter.[5]) Der Grundsatz von der Solidarhaft der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden findet auf die aus dem inneren Verhältniß sich ergebenden Ansprüche keine Anwendung.[6])

II. Wie nach Außen, so macht sich auch im Verhältniß zu den einzelnen Mitgliedern die Zusammenfassung der Gesellschafter zu einer formalen Einheit und die äußere Erscheinung derselben unter der Gesellschaftsfirma geltend.[7])

Wirksam wird diese Einheit im Verhältniß zu den Gesellschaftern

---

Dabei sind die § 17—20 erörterten Grundsätze entscheidend. Mittelbar beseitigt sind alle Rechtssätze des bürgerlichen Rechts, die mit dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft in Widerspruch stehen. Dahin gehört die nach bürgerlichem Recht den Gesellschaftern gegen einander zustehende Rechtswohlthat der Kompetenz. Ebenso, wenngleich mit unrichtiger Motivirung, Renaud K.G. S. 223, a. M. v. Hahn S. 528[4].

[2]) Beispiele: Verpflichtung zur Leistung der Einlagen, Anspruch auf Zinsen und Gewinnantheile einerseits, Verbindlichkeit zur Erstattung unbefugter Gelder, zum Schadensersatz wegen kulposen Verhaltens, Anspruch auf Ersatz wegen Vorschüsse, Auslagen u. dgl. andererseits. Abgesehen von der Einlagepflicht ergeben sich diese Ansprüche regelmäßig erst, nachdem die G. auch äußerlich ins Leben getreten ist. Nothwendige Voraussetzung ist indeß das Inslebentreten der G. für keinen derselben, selbst nicht für den Anspruch auf Zinsen und Gewinnantheile.

[3]) So die in der vor. Anm. bezeichneten Ansprüche.

[4]) Pflicht zur Betheiligung an der Geschäftsführung, zur Rechnungslegung, Pflicht des geschäftsführenden Gesellschafters, nicht gegen den Einspruch anderer geschäftsführender Gesellschafter zu handeln, Verpflichtung, den Gesellschaftern Kenntnißnahme vom Gang der Gesellschaftsangelegenheiten zu gestatten.

[5]) R 13. 51 (144); 19. 120 (416); 25. 38 (162); Z 22. 284, auch (vor dem H.G.B) Z. 11. 540.

[6]) v. Hahn S. 468; R 13. 51; Z 22. 283; Bu. 24. 317.

[7]) Der Vereinscharakter der o. Hg., oben S. 437. Im Verhältniß zu den einzelnen Mitgliedern hat der Verein allerdings eine andere Bedeutung wie im Verhältniß zu Dritten, er ist nicht die Zusammenfassung sämmtlicher, sondern nur sämmtlicher, dem betr. Einzelnen gegenüberstehender Mitglieder. Dieselbe Differenz ist aber überall vorhanden, wo rechtliche Beziehungen eines Personenvereins zu Dritten und zu seinen Mitgliedern existiren, Bierling z. Krit. d. jur. Grunddbgr. II S 106 f.

Digitized by Google

1) dadurch, daß die Existenz eines Gesellschaftsvermögens anerkannt wird. Der Fond oder das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft ist, wie schon früher hervorgehoben, eine aus dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter ausgeschiedene, für den Zweck des Gesellschaftsgeschäfts bestimmte Vermögensmasse, ein Zweckvermögen im objektiven Sinn.[8]) Dasselbe steht im Gesammteigenthum oder Gesammtrecht der Gesellschafter.[9]) Das Recht der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen ist nicht Miteigenthum oder Mitberechtigung im römischen Sinn; die Gesellschafter haben keine ideellen Theile an den zum Vermögen der Gesellschaft gehörigen Sachen und Rechten. Unter dem „Antheil am Gesellschaftsvermögen", den das Gesetz dem Gesellschafter mehrfach zuschreibt,[10]) ist der Betrag des Guthabens zu verstehen, den das Kapitalkonto des Gesellschafters aufweist.[11]) Nimmt man den Antheil am Gesellschaftsvermögen im Sinn eines Anspruchs, so enthält derselbe das Recht auf Gutschrift und Auszahlung der dem Gesellschafter zustehenden Zinsen und Gewinnantheile, sowie auf dasjenige, was derselbe bei Auflösung der Gesellschaft oder bei seinem Austritt zu verlangen hat. Dabei handelt es sich aber niemals um Quoten des Gesellschaftsvermögens.[12])

---

[8]) Rechtliche Beschaffenheit des Vermögens der o. Hg. oben § 62 Anm 2 bis 4, dazu Regelsberger Z 14. 24; Goldschmidt Z 27. 12, 49. Aus der Praxis: R 2. 33 (143); 2. 36 (154); 5. 16 (71); 5. 46 (204); 6. 93 (416); 8. 9 (41); 9. 5 (18); 11. 50 (152); 11. 52 (164); 12. 84 (261); 13. 51 (144); 13. 95 (286); 20. 70 (262); 21. 42 (130); 24. 47 (156); R.civ. 3. 17 (57); 5. 13 (55); 9. 32 (143); Z 7. 462, 487; 11. 530, 557; 15. 264; 18. 608; 22. 279, 280; Bu. 19. 40; 39. 204. Aus der Natur des G.vermögens ergiebt sich, daß unter denselben Personen mehrere o. Gesellschaften, jede mit einem besonderen Vermögen bestehen können, R 24. 47 (156); anders wenn dieselbe G. mehrere Niederlassungen, wenngleich unter verschiedener Firma besitzt, R 15. 54 (175), s. auch oben § 38 Anm. 15. Weitere Konsequenzen aus dem Begriff des G.vermögens im Verlauf der Darstellung.

[9]) Oben § 62 Anm. 5. Das R.O.H.G. neigt sich in R 24. 47 (160) der obigen Auffassung zu, ohne sie bestimmt anzuerkennen. Dagegen wird R 15. 46 (153) „Miteigenthum" der Gesellschafter an der G forderung angenommen. In R 5. 16 (71) wird die richtige Entsch., daß bei der Veräußerung eines G.antheils die Unkenntniß des Erwerbers von der Ueberschuldung der G. nicht als error in corpore anzusehen sei, durch die unrichtige Erwägung motivirt: Gegenstand des Vertrages sei eine Quote am aktiven und passiven Vermögen der G. Vgl. sonst noch Z 7. 462; 22. 279; 18. 608 (Bering); Bu. 19. 40; 39. 204; Er 42.

[10]) Art. 98, 106, 107, 108, 131, 132.

[11]) Ueber die Feststellung dieses Guthabens § 70.

[12]) Verfügungen des Gesellschafters über seinen Antheil durante soc. folg. §.

Digitized by Google

Aus Vorstehendem ergiebt sich zugleich, daß das Gesellschaftsvermögen durch seine Zweckbestimmung gebunden ist. Die Gebundenheit besteht wie den Gesellschaftern selbst, so auch denen gegenüber, die ihre Rechte von ihnen ableiten,[13] sie besteht aber nur, so lange die Gesellschafter selbst sie wollen und kann mit Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter jederzeit sowohl bezüglich des Gesellschaftsvermögens im Ganzen wie in Bezug auf einzelne Theile desselben, aufgehoben werden.[14] Ohne diese Zustimmung aber ist es eine unbefugte Entfremdung des Gesellschaftsvermögens, wenn die Gesellschafter über dasselbe für ihre Privatzwecke verfügen.[15] Aus der Unbefugtheit derartiger Verfügungen folgt indeß nicht nothwendig ihre Ungültigkeit.[16]

2) Die Gesellschaft kann mit den Gesellschaftern Rechtsgeschäfte schließen[17] und Prozesse führen. In beiden Fällen steht der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft formell als Dritter gegenüber, daher erfolgt die Prozeßführung in derselben Weise wie gegen Dritte, d. h. unter der Gesellschaftsfirma.[18] Die Möglichkeit, in dieser Weise für und gegen die Gesellschaft zu klagen, ist insbesondere auch hinsichtlich der aus dem inneren Verhältniß erwachsenden Ansprüche vorhanden,[19] ohne daß dadurch die Verfolgbarkeit derselben als In-

---

[13]) Außer denjenigen, mit denen die Gesellschafter Rechtsgeschäfte über ihren Antheil abgeschlossen haben, gehören namentlich die Privatgläubiger der Gesellschafter hierher.

[14]) Die Gesellschaftsgläubiger haben außer den Fällen des Arrestes und Konkurses keinen Anspruch darauf, daß das G.vermögen als solches erhalten bleibe, R 24. 47 (163). Dagegen können sie dasselbe verkürzende Rechtsgeschäfte unter den Voraussetzungen des Tit. 3 R.Konk.O., bezw. des Reichsges. v. 21. Jan. 1879 anfechten.

[15]) Ausnahmen sind zu machen, insoweit die Gesellschafter sich wegen eines ihnen zustehenden Anspruchs an das G.vermögen in an sich statthafter Weise Befriedigung verschaffen — Kompensation von Gesellschaftsforderungen mit Privatforderungen eines Gesellschafters, § 76. Unterschlagung begangen von dem geschäftsführenden Gesellschafter an den Geldern der G. R.st. 7. 5 (18).

[16]) Gültig sind solche Verfügungen insbesondere dann, wenn sie durch Rechtsgeschäfte eines zur Vertretung befugten Gesellschafters erfolgen, vorausgesetzt daß keine Kollusion vorliegt. Daß auch sonst widerrechtliche Dispositionen über das G.vermögen durch die bona fides Dritter gedeckt werden können, ergiebt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

[17]) Hierüber unten.

[18]) Die G. wird in Prozessen gegen die Gesellschafter, ebenso wie gegenüber Dritten. durch die firmirenden Gesellschafter vertreten, R 19. 120 (416); 25. 38 (158); Z 11. 528; Bu. 9. 388. Anders v. Hahn, der die Geltendmachung der Ansprüche aus dem inneren Verhältniß als einen Akt der Geschäftsführung ansieht.

[19]) Hierzu Zus. 1.

Digitized by Google

dividualrechte (durch und gegen die einzelnen Gesellschafter) ausgeschlossen ist.[20])

Zusatz I. v. Hahn weicht von der im Text vertretenen Ansicht bezüglich der Geltendmachung der aus dem inneren Verhältniß sich ergebenden Ansprüche insofern ab, als er annimmt, daß dieselben nach dem Inslebentreten der Gesellschaft nur namens dieser und gegen sie geltend gemacht werden können. „Vor dem Inslebentreten der G. Forderungen der einzelnen Gesellschafter unter einander, werden sie nach diesem Zeitpunkt formell Forderungen zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter." Geht man aber davon aus, daß diese Ansprüche von vornherein Ansprüche der einzelnen Gesellschafter gegen einander sind, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Möglichkeit, sie als solche geltend zu machen, mit dem Inslebentreten der G. aufhören sollte. Hiergegen spricht schon, daß den Gesellschaftern gegenüber der Zeitpunkt des Inslebentretens der G. mit dem Abschluß des G.vertrages, bezw. mit dem Zeitpunkt, in welchem der G.vertrag für sie wirksam wird, zusammenfällt (oben Anm. 1). Richtig ist nur, daß in Folge der Annahme einer G.firma die Möglichkeit gegeben ist, daß die G. wegen jener Ansprüche auch unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann. Ein Hauptgrund v Hahn's ist, daß die Realisirung von Ansprüchen des Gesellschafters an den Gesellschaftsfond nur durch eine gegen die G. gerichtete Klage bewirkt werden kann. Das ist indeß nicht zuzugeben, nicht einmal, daß dieser Weg unter allen Umständen praktisch empfehlenswerth ist. Wenn bei einer aus einer größeren Zahl von Personen bestehenden G. ein Gesellschafter Auslagen für die G. gemacht hat, ein anderer deren Erstattung aus der in seiner Verwaltung befindlichen G.kasse verweigert, während alle übrigen Gesellschafter den Anspruch als begründet anerkennen, so wird es in der Regel genügen und auch am kürzesten zum Ziele führen, die actio pro socio gegen den einzelnen widerstrebenden Socius zu richten, mit dem Petitum, daß derselbe die Befriedigung des Klägers aus dem Gesellschaftsfond herbeiführe oder sich ihr nicht widersetze Vollends kann die Ansicht v. Hahn's zu bedenklichen Konsequenzen führen, wenn es sich um Forderungen an den Gesellschafter handelt, falls z. B. der in Anspruch zu nehmende Gesellschafter ausschließlich zur Vertretung (nach v. Hahn zur Geschäftsführung, oben Anm. 18) befugt ist.

Daß auch vom obigen Standpunkt aus sich mancherlei prozessualische Verwickelungen ergeben können, ist nicht zu bestreiten, indeß bietet das Prozeßrecht die Mittel zur Lösung derselben dar. Hierauf kann jedoch an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

Zu anderen Ergebnissen als denen des Textes gelangt man, wenn bezüglich

---

[20]) Statthaftigkeit von Feststellungsklagen bezüglich des Vorhandenseins oder Nicht (Nichtmehr) vorhandenseins der Gesellschaft oder der Mitgliedschaft einzelner Gesellschafter. Diese Klagen sind ebenfalls je nach Lage der Sache von den Gesellschaftern gegen einander, gegen die Gesellschaft oder Namens derselben anzustellen. Auch dritte Personen können ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Gesellschaftsverhältnisses oder der Mitgliedschaft einzelner Gesellschafter haben. C.P.O. 231, Z 15. 215, auch R 9. 12 (36); R.civ. 8. 2 (5), oben § 63 Anm. 6, § 64 Anm. 7. Nicht dagegen R.civ. 7. 120 (426).

Digitized by Google

der aus dem inneren Verhältniß sich ergebenden Ansprüche eine nothwendige Streitgenossenschaft unter den berechtigten oder verpflichteten Gesellschaftern in dem Sinne angenommen wird, daß die Einzelklage unzulässig oder durch die exceptio plurium litisconsortium zu beseitigen ist. Auch nach dieser Auffassung, die sich übrigens weder aus dem gemeinen Prozeßrecht noch aus der C.P.O. (Seuffert Komm. zu § 59) begründen läßt, erscheint aber die v. Hahnsche Definition nicht gerechtfertigt.

Man könnte versucht sein, gegen die obige Ansicht auf die Ausdrucksweise des H.G.B.'s Gewicht zu legen, welches zwar in der Ueberschrift zum zweiten Abschn. und Art. 90[1] vom Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander spricht (oben § 63 Anm. 1), dagegen im Verlauf des zweiten Abschn. meist die Gesellschaft als berechtigt und verpflichtet bezeichnet, Art. 91[1], [2], 93[1], 94[2]; 97[1], [2]; 98[2]. Daß indeß hierdurch nicht über die Art der Geltendmachung bestimmt werden sollte, folgt u. A. aus den Mot. zu den unserem Art. 94 entsprechenden Er 24 und Pr 99[1], die, obwohl daselbst ebenso wie im Art. 94 der Gesellschafter wegen des durch sein Verschulden verursachten Schadens „der Gesellschaft" für haftbar erklärt wird, doch eine Verfolgbarkeit durch die einzelnen Gesellschafter voraussetzen. Desgleichen heißt es in den Mot. zu den mit unserem Art. 98[2] übereinstimmenden Er 37[2] und Pr 102[2], daß „der Dritte gegen die übrigen Gesellschafter keine Rechte erlangt" (Mot. zu Er S. 111), bezw. daß der Dritte „zu der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern" nicht in unmittelbare rechtliche Beziehungen tritt. Vgl. auch Prot. 189.

Aus der Judikatur: R 3. 35 (167); 4. 77 (378); 12. 90 (274); 13. 51 (144); 19. 120 (416); 25. 38 (158); R.civ. 3. 18 (59); Z 11. 528; 22. 283; Bu. 9. 388; 19. 257; 28. 373. Gerichtsstand bei Klagen der Gesellschafter gegen einander Bu. 24. 317, jetzt C.Pr.O. 23. — Mit obiger Auffassung übereinstimmend Renaud C.G. S. 256.

II. Ein vom Vermögen der Gesellschafter gesondertes G.vermögen wird auch in den außerdeutschen Rechten überall anerkannt, vergl. R. 2. 6 (39). Wo allen H.gesellschaften Rechtspersönlichkeit zugeschrieben wird, gilt das Vermögen der o. Hg. als patrimonium universitatis. So namentlich nach franz. Recht, dessen Jurisprudenz zugleich betont, daß im Gegensatz zur indivision, d. i. der römischen communio, von ideellen Antheilen der Gesellschafter am G.vermögen nicht die Rede sei, Lyon No. 282 ss. Hiermit steht in Einklang, daß die Antheile stets zum Mobiliarvermögen der G.er gerechnet werden, auch wenn die G.Immobilien besitzt, Z 7. 498. Ebenso nach belg. und ital. Recht. — Der Idee des Gesammteigenthums ist ausdrückliche gesetzliche Anerkennung zu Theil geworden im port. G.B. 603 ff. Nach demselben haben die Gesellschafter dominio e posse conjuncta am G.vermögen. Kein Gesellschafter hat ein Anrecht (interesse separado) an irgend einem Theil des G.vermögens; wohl aber hat jeder ein Anrecht an der Totalität des Gesammteigenthums (cada um tem interesse inteiro na todo da propriedade conjuncta) Inkonsequent und unklar ist es dann freilich, wenn Art. 606 in Folge der Bilanzziehung und der auf Grund derselben stattfindenden Regulirung der Kapitalkonten Quotentheile entstehen läßt und demgemäß eine Verwandelung des Gesammteigenthums in Miteigenthum annimmt. Vgl. auch Art. 551 — Für das holländ. Recht behauptet Kist III bl. 276 „ungetheiltes gemeinschaftliches Eigenthum" der Gesellschafter am G.vermögen. Hierher gehört ferner auch das englische Recht, welches das

Digitized by Google

Recht der partner am Vermögen der partnership als joint tenancy, dieses Vermögen selbst als joint fund bezeichnet. Das Recht der G.er am G.vermögen wird als lien aufgefaßt. Smith p. 27; Levy intern. comm. law p. 67.

Die Geltendmachung der aus dem inneren Verhältniß hervorgehenden Ansprüche mußte nach früherem franz. Recht, Co. 51—63, in schiedsrichterlichem Verfahren, dem sog. arbitrage forcé erfolgen. Dies Verfahren, welches bei allen handelsrechtlichen Vereinigungen, auch den associations, vorgeschrieben war, ist seit 1856 als zwangsweise Institution beseitigt (oben S. 450), zufolge des veränderten Wortlauts von Co. 631 entscheiden gegenwärtig die Handelsgerichte. Sowohl früher Co. 51 wie jetzt 631 sprechen lediglich von den contestations entre associés, so daß zunächst an Einzelklagen (d'associé à associé) zu denken ist. Die franz. Jurisprudenz läßt dieselben zu, soweit ein Interesse des einzelnen Gesellschafters für vorliegend erachtet wird, worüber richterliches Ermessen entscheidet. Daß die Ansprüche aus dem inneren Verhältniß auch durch Klagen für und gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können, folgt aus der Rechtspersönlichkeit der o. Hg. — Feststellungsklagen über die Mitgliedschaft, bezw. das Vorhandensein der G. gelten nicht als contestations entre associés. Vgl. Pard. No. 1002, 1412; Namur III p 592.

Das Institut des arbitrage forcé ist in das span. und port. Recht übergegangen und gehört daselbst noch jetzt dem geltenden Recht an, Spanien 323—25, Port. 748—60. An beiden Stellen werden ebenfalls Streitigkeiten „der Gesellschafter unter einander" genannt, Port. 748 bestimmt ausdrücklich, daß gegen den seinen gesellschaftlichen Pflichten nicht nachkommenden Socius „den übrigen Gesellschaftern" ein Klagerecht zustehe. — Keine hierher gehörigen Bestimmungen enthält das holländ. H.G.B. Das bürg. G.B., dessen Vorschriften auf das innere Verhältniß anwendbar sind, spricht mehrfach von Pflichten und Rechten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, z. B. Art. 1662, 1667, 1669, allein aus dieser, dem Code civ. entlehnten Fassung läßt sich die Frage, ob Einzel- oder Kollektivklage, nicht entscheiden, vgl. auch Kist III bl. 196. — Das belg. Gesetz über die Zuständigkeit der H.gerichte vom 25. März 1876 Art. 12 Nr. 2 (Namur III p. 587) stimmt mit dem heutigen franz. Recht überein. Die außer den contestations entre associés daselbst erwähnten c. entre administrateurs et associés weisen auf die Fälle hin, in denen die administrateurs nicht zu den Gesellschaftern gehören. — Aus dem neuen ital. G.B. dürfte als unmittelbar hier einschlägig nur Art. 109 anzuführen sein, woselbst in dem unserem Art. 93 entsprechenden Fall dem Gesellschafter eine Klage gegen die Gesellschaft gewährt wird. — Schweiz 555 verweist auf die für die einfache G. geltenden Bestimmungen (526—42). Dieselben kennen nur Ansprüche eines Gesellschafters gegen die übrigen Gesellschafter und umgekehrt. Ob die G. als solche wegen dieser Ansprüche klagen und verklagt werden kann, ist hiernach nicht unfraglich, möchte aber aus den gleichen Gründen wie bei uns zu bejahen sein. Ganz dieselben Gesichtspunkte wie für das D.H.G.B. treffen für Ungarn zu.

Das englische gemeine Recht schloß ursprünglich jede Klage aus dem inneren G.verhältniß durante societate aus. Partners cannot sue each other by the common law. Dieser Grundsatz galt aber nur at law. Vor den Equity Gerichtshöfen wurde nicht nur der Antrag auf Auflösung der G., sondern auch die action of account zugelassen, eine Klage auf Feststellung der Gesammtrechnung und des

Digitized by Google

hieraus sich ergebenden gegenseitigen Guthabens der Gesellschafter. In der Folge ist man auch at law von dem obigen Grundsatz mehr und mehr abgewichen. Die gegenwärtige Praxis gestattet insbesondere Klagen wegen Verletzung der gesellschaftlichen Pflichten in ziemlich weitem Umfang. Die mitgetheilten Präjudikate verlangen der überwiegenden Mehrzahl nach, daß diese Klagen von sämmtlichen übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich (jointly) angestellt werden. Smith p. 32; Parsons ch. 8.

§ 67.

b. Allgemeine Grundsätze in Bezug auf das Verhalten der Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten.

I. Unbefugte Verfügungen des Gesellschafters über das Gesellschaftsvermögen sind im Allgemeinen nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen[1]). Bei unbefugter Entnahme[2]) von Geldern aus der Gesellschaftskasse sowie bei Zurückhaltung der für die Gesellschaft vereinnahmten Gelder haftet der Gesellschafter jedenfalls für sechs Prozent Zinsen seit dem Tage der Herausnahme oder dem Tage, an welchem die Ablieferung hätte erfolgen sollen[3]). Daneben kann die Verpflichtung zum Ersatz eines größeren Schadens begründet sein[4]),

[1]) Eine allgemeine Vorschrift hierüber fehlt im H.G.B. (Eine solche enthielt W 200; ähnlich aber eingeschränkter Spanien 312; Port. 618; Ital. 110.) Die Grundsätze des bürgerlichen Rechts, auf die zurückzugehen ist, sind diejenigen, die bei eigenmächtigen Verfügungen über fremdes Vermögen zur Anwendung kommen. Da die G.er in Bezug auf das Vermögen der o. Hg. keine Rechtsgemeinschaft nach ideellen Theilen bilden, so haben sie auch nicht die Befugnisse, die das bürgerliche Recht den Gemeinschaftern in Betreff des Gebrauchs der gemeinschaftlichen Sache gewährt. Die in Er 30 enthaltene, dem Code civ. 1859 nachgebildete Bestimmung, nach welcher jeder G.er sich der der G. zugehörenden Sachen bedienen kann, vorausgesetzt daß er sie bestimmungsgemäß, nicht gegen das Interesse der G. und nicht in einer das gleiche Gebrauchsrecht der Mitgesellschafter hindernden Weise verwendet, ist daher schon in Pr und demnächst auch im H.G.B. mit Recht fortgeblieben; vgl. hierzu R 10. 102 (436 f.). Gegen ihre Anwendbarkeit im Handelsrecht auch Pard. IV No. 1020.

[2]) Art. 95[1]. Befugte Entnahmen R.civ. 3. 18 (59); oben § 66 Anm. 14. 15; v. Hahn zu Art. 95 § 4. Er 22 sprach die Pflicht zur Ablieferung der auf G.forderungen empfangenen Zahlungen auch für den Fall aus, daß die Zahlung ausdrücklich auf den Antheil des G.ers geschehen sei. Die dem Code civ. 1849 nachgebildete Bestimmung ist deswegen überflüssig, weil dem G.er durante soc. gar kein Antheil an den G.forderungen zusteht; vgl. Er 42.

[3]) Art. 95[1]. Die Verpflichtung zur Zinszahlung tritt ohne Mahnung ein, L. 1 § 1 D. de usur. (22. 1); L. 60 pr. pro soc. (17. 2); Windscheid § 406[v]. Sechs Prozent Art. 287[2].

[4]) Art. 95[2]; R 24. 13 (48). Auf den Gewinn, der mit den unbefugt entnommenen Geldern erzielt ist, hat die G. keinen Anspruch Z 22. 284. Die Ansprüche aus Art. 95 können auch nach Auflösung der G. geltend gemacht werden R 24. 13.

Digitized by Google

wie auch die sonst aus der unstatthaften Handlung sich ergebenden Rechtsfolgen durch die Zinsverpflichtung nicht berührt werden[5]).

II. Ohne besondere Abmachung hat kein Gesellschafter Anspruch auf Vergütung für die bei dem Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte aufgewendete Thätigkeit[6]), wohl aber Anspruch auf Erstattung der gehabten Auslagen[7]), auf Befreiung von den übernommenen Verbind-

---

[5]) Ausschließung Art. 125 Nr. 2, 4. Straffolgen oben § 66 Anm. 15. Zu dem hier erörterten Inhalt von Art. 95 vgl. Pr.L.R. I. 17. 224; II. 8. 655; österr. b.G.B. 1334, dazu v. Kirchstetter; sächs. G.B. 1373; Code civ. 1846. — Spanien 317; Portugal 658; Italien 83. 110, 111; Schweiz 540. 398; Ungarn 73. — Entwürfe Er 20, 22; Pr 100; E. I, II 94; dazu Prot. 181—83. Dresd. Entw. 787, 700.

[6]) Art. 93[3]. Bemühungen bei dem Betrieb der G.geschäfte (Dresd. Entw. 786: Bemühungen bei der Führung der G.angelegenheiten). Die Bestimmung des Art. 93[3] bezieht sich, wie überhaupt Art. 93, nicht blos auf den zur Geschäftsführung befugten G.er; a. M. v. Hahn, Puchelt, richtig v. Krämel (Bu. 4. 1, 10); Anschütz Komm. zu d. Art., auch wohl Lastig in Endem. Handb. I. S. 365. Ebensowenig darf nach der Beschaffenheit der Thätigkeit unterschieden werden. Anders nach Pr. L.R. I. 17. 228 f., welches dem G.er den Anspruch auf Vergütung nur für solche Arbeiten entzieht, „die zum gewöhnlichen Betrieb der Societätsgeschäfte gehören und keine besondere Kunst oder Wissenschaft erfordern". Aehnlich W 210; Er 25[3]. Die jetzige bereits in Pr 98 befindliche Fassung ist gerade gewählt, um die Distinktion des Pr. L.R.'s zu beseitigen (Mot. S. 54), gegen die sich auch schon Treitschke S. 48 f. vom Standpunkt des gemeinen Rechts erklärt hatte. Danach ist auch in den von v. Hahn S. 397 angef. Beispielen ohne besondere Abrede keine Vergütung zu beanspruchen. Die Abrede braucht aber weder die Höhe des Lohns festzusetzen, noch überhaupt eine ausdrückliche zu sein; es genügt, wenn ersichtlich ist, daß eine belohnte Thätigkeit vereinbart war. Das Abkommen kann im G.vertrag enthalten sein oder nachträglich getroffen werden; im letzteren Fall finden die Grundsätze über Rechtsgeschäfte der G. mit den G.ern Anwendung. Einzelne Fälle R 3. 35 (173); 3. 52 (230); 4. 77 (379); Z 15. 217; Bu. 13. 182. — Fremdes Recht: Das französ. Recht enthält keine dem Art. 93[3] entsprechende Bestimmung. Nach Namur II. 875 kann sogar für die bloße Gestion unter Umständen auch ohne besondere Abrede Vergütung gefordert werden. Ebenso nach belg. und wohl auch nach holl., ital., span. Recht. Portugal 657 kein Lohn wegen besonders thätiger und aufmerksamer Betreibung der G.geschäfte. Schweiz 537[3] keine besondere Vergütung für persönliche Bemühungen. Ungarn 71, 84 im Allgemeinen mit dem D. H.G.B. übereinstimmend, weicht nur ab in Betreff des ausschließlich mit Arbeitsleistungen betheiligten G.ers, dem ein event. richterlich zu arbitrirendes Honorar festzusetzen ist. — Das englische Recht versagt dem partner ohne besondere Abmachung jeden Anspruch für die in G.angelegenheiten geübte Thätigkeit, welcher Art sie auch sein mag. Parsons p. 230.

[7]) Art 93[1]. Die Auslagen müssen gerechtfertigt sein. Dies ist der Fall bezüglich aller Auslagen, die ein G.er innerhalb der ihm zustehenden Befugniß

Digitized by Google

lichkeiten[8]), sowie auf Ersatz der unmittelbar bei der Geschäftsführung erlittenen oder in untrennbarem Zusammenhang mit derselben stehenden Verluste[9]). In Betreff der vorgeschossenen Gelder stehen ihm vom Tag der Verwendung an sechs Prozent Zinsen zu[10]).

---

macht, vorausgesetzt, daß ihm keine Verletzung der schuldigen Sorgfalt zur Last fällt (unten S. 478 f.). Hat der G.er ohne Befugniß gehandelt, so haftet die G. nur, wenn die Erstattung der Auslagen nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts von der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Bereicherung beansprucht werden kann. Insoweit, aber auch nur insoweit, ist hier die Distinction v. Hahn's berechtigt. Dagegen darf diese Bestimmung ebensowenig wie Art. 93[3] ausschließlich auf den nach dem G.vertrag zur Geschäftsführung befugten G.er bezogen werden. Der bei v. Hahn § 9 besonders hervorgehobene Fall der Bezahlung von Gesellschaftsschulden ist ebenfalls nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen. — Auslagen sind alle Aufwendungen für G.zwecke aus dem Privatvermögen eines G.ers, die nicht als Einlagen geleistet werden. Baare Auslagen heißen Vorschüsse, vorgeschossene Gelder, gleichviel ob sie in den G.fond fließen, oder ob die Zahlung im Interesse der G. an dritte Personen erfolgt, v. Hahn § 4; Renaud Komm.ges. S. 295; R 12. 90 (274); Z 15. 224 (Wiesb. 60); Bu. 3. 111; 9. 388; 24. 312; Seu. 9. 30; 25. 79, 80. — Pr. L.R. I. 17 § 225 f. und dazu Striethorst Arch. 24 S. 93 (Z 2. 412); 63 S. 47; R 13. 124 (384). Sächs. b.G.B. 1375; Code civ. 1852. — Spanien 321; Portugal 656; Italien 109; Schweiz 537[1]; Ungarn 71[1]. — Entwürfe W 210; Er 25[1]; Pr 98[1,2]; E. I, II 92[1]; Dresd. 785.

[8]) Art. 93[1]: Für die Verbindlichkeiten, welche er wegen derselben (der Gesellschaftsangelegenheiten) übernimmt. Code civ. 1852: des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour la société. Vgl. auch sonst die a. E. der vor. Anm. angef. Parallelstellen.

[9]) a. a. O. Für die Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von denselben unzertrennlich sind, erleidet. Ebenfalls nicht blos auf den nach dem G.vertrag zur Geschäftsführung befugten G.er, sondern auch auf den G.er anwendbar, der kraft besonderen Auftrages oder bei Gefahr im Verzuge für die G. thätig wird. Die Worte „durch seine Geschäftsführung" sprechen nicht hiergegen, da auch in den zuletzt gedachten Fällen Akte der Geschäftsführung stattfinden. A. M. v. Hahn, v. Kräwel Bu. 4 S. 6. Bürgerliches Recht: L. 52 § 4, L. 60 § 1, L. 61 pro soc., dazu Windscheid § 406[11]; Treitschke S. 46. Pr. L.R. I. 17. 220; I. 13. 80. Sächs. b. G.B. 1376; Code civ. 1852: des risques inséparables de sa gestion. — Fremde H.G.Bücher (mit Ausnahme von Portugal, welches darüber schweigt) und Entw. zum H.G.B. wie Anm. 7. — Dresd. Entw. 784.

[10]) Art. 93[2]. Sechs Prozent Zinsen Art. 287[2]. Gegen die Unterscheidung v. Hahn's (zu d. Art. § 9) s. v. Kräwel a. a. O. S. 3. — Gemeines Recht L. 67 § 2 pro soc., Windscheid § 406[10]. Pr. L.R. I. 17. 225; sächs. G.B. 1368 f., 1314, 1352; franz. Recht Zachariä § 381 Anm. 41. — Portugal 656; Italien 109; Schweiz 537[2]; Ungarn 71[2]. Auch nach englischem Recht

Digitized by Google

III. Jeder Gesellschafter haftet in Gesellschaftsangelegenheiten für den Fleiß und die Sorgfalt, die er seinen eignen Angelegenheiten zuzuwenden pflegt [11]). Der konkrete Maßstab ist wie im römischen Recht, eine Milderung der an sich eintretenden Haftung für omnis culpa (Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns), muß demnach von dem diese Milderung für sich in Anspruch nehmenden Gesellschafter begründet werden [12]). Gegen den durch sein Verschulden verursachten Schaden kann der Gesellschafter den der Gesellschaft bei einem anderen Geschäft verschafften Vortheil nicht aufrechnen [13]). Modifikationen vorstehender Grundsätze finden, außer im Fall einer vertragsmäßigen Aenderung [14]) statt bei rechtswidrigem Verhalten eines

---

hat der partner einen Anspruch auf Verzinsung der der Gemeinschaft gewährten Vorschüsse, Parsons p. 230. Entwürfe W 211; Er 25; Pr 98; E. I, II. 92. — Dresd. Entw. 785. — Ueber die Geltendmachung dieses wie aller aus Art. 93 sich ergebender Ansprüche s. oben S. 472 f.

[11]) H.G.B. 94 [1]. Thöl § 93. Ebenso Ungarn 72; Schweiz 538. Auf grobes Versehen beschränkt die Haftung Spanien 320. Die übrigen H.G.Bücher enthalten keine Bestimmung über das Maß der zu vertretenden Sorgfalt. Von den Entwürfen verlangten Er 23 und Pr 99 [2] den Fleiß und die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes; bereits in 1. Les. aber ist die Haftung auf den konkreten Maßstab herabgesetzt, Prot. 180 f., 986. Eine auf Code civ. 1848 fußende Bestimmung in Er über eine billige Vertheilung des Schadens für den Fall, daß der Gesellschafter die eigenen Interessen und die Interessen der G. nicht beide wahrnehmen kann, ist vernünftigerweise nicht in die späteren Entw. übergegangen. — Das H.G.B. steht in Einklang mit dem römischen Recht, L. 72 D.; § ult. J. h. t.; Windscheid § 406; Treitschke § 21—23; desgleichen mit dem Pr. L.R. I. 17. 211 und dem Sächs. G.B. 1371, wogegen nach Code civ. 1850 (entsprechend holländ. B.G.B. 1667; ital. code civ. 1714) und nach österr. B.G.B. 1191 der Gesellschafter für jedes Verschulden einsteht. Das culpose Verhalten kann auf Handlungen wie auf Unterlassungen beruhen. Nichtbeobachtung der geschäftsmäßig erforderlichen Verschwiegenheit, Brinckmann S. 150; R 23. 41 (121).

[12]) Windscheid § 265, vgl. auch Mot. zu Er 23 S. 102. Nie bewirkt der konkrete Maßstab eine Befreiung von der Haftung für grobes Versehen.

[13]) Art. 94 [2]. Ebenso Italien 84; Ungarn, Schweiz a. a. O.; W 209; Er 24; Pr 99 [1]; E. I, II 93. Bürgerliches Recht L. 25, 26 D. h. t.; Pr. L.R. I. 17. 215; österr. G.B., Code civ. a. a. O.; Dresd. Entw. 788. — Ergeben sich Gewinn und Verlust aus derselben oder aus mehreren zusammenhängenden Handlungen, so ist auf das Gesammtresultat zu sehen, v. Hahn, Anschütz zu d. Art.

[14]) Eine derartige Abrede kann im Gesellschaftsvertrag enthalten sein oder nachträglich allgemein oder für eine einzelne G.angelegenheit getroffen werden; sie braucht nicht nothwendig aus ausdrücklichen Erklärungen hervorzugehen, sondern kann sich auch aus dem sonstigen Inhalt der betr. Vereinbarung als dem Willen der Socien entsprechend ergeben. Unanwendbar sind aber die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, die wie L. 52 § 3 D. h. t., Pr. L.R. I. 17. 212 f.

Digitized by Google

Gesellschafters sowie wenn derselbe zwar nicht rechtswidrig, aber außerhalb der ihm in seiner Eigenschaft als Gesellschafter vertragsmäßig oder gesetzlich zustehenden Befugnisse gehandelt hat[15]).

IV. Die Aufnahme eines Dritten in die Gesellschaft kann mit Einwilligung sämmtlicher Gesellschafter erfolgen, ist aber nur auf Grund einer solchen möglich[16]). Rechtsgeschäfte, die ein Gesellschafter in Betreff seines Antheils ohne Zustimmung der übrigen mit dritten Personen abschließt, sei es daß er denselben veräußert, sei es daß er eine Unterbetheiligung daran einräumt, haben niemals den Erfolg, den Dritten zum Theilnehmer an der ursprünglichen Gesellschaft zu machen[17]),

---

(anders sächs. G.B. 1371) den G.er in gewissen Fällen kraft Rechtssatzes über die diligentia quam suis hinaus haftbar machen. A. M. v. Hahn zu d. Art. § 4.

[15]) Dahin gehört insbesondere, wenn ein nicht zur Geschäftsführung befugter G.er negotia der G. gerirt. Die Haftung bestimmt sich alsdann nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über Geschäftsführung ohne Auftrag. — Ist ihm die Ausführung von G.geschäften besonders übertragen, so ist es eine Frage des einzelnen Falles, ob hierin eine Aenderung der Bestimmungen über die Geschäftsführung für den speciellen Fall oder die Eingehung eines besonderen Vertragsverhältnisses zu finden ist. Vgl. v. Hahn zu d. Art.; v. Krämel Bu. 4 S. 1 ff.

[16]) Art. 98[1]. Hierzu und zum Folgenden Thöl § 95; Lastig in Endem. Handb. I S. 379 ff. Der Kreis der Socien kann nicht willkürlich erweitert oder in seinem Personenstand geändert werden, R 13. 102 (313). Auch die Aufnahme eines Stillen ist nur mit Einwilligung sämmtlicher G.er statthaft, R 13. 19 (64). — Die Genehmigung zur Aufnahme neuer Mitglieder an Stelle oder neben den bisherigen kann schon im G.vertrag erklärt sein. So wenn derselbe die Vererblichkeit der G. festsetzt. Ebenso wenn, wie in R.civ. 2. 10 (33) den Erben des verstorbenen G.ers gestattet ist, einen Miterben als G.er zu präsentiren. Können sich die G.er zur Aufnahme einer völlig unbestimmten Person verpflichten, falls dieselbe von einem G.er als dessen Cessionar präsentirt wird? Das Preuß. O.Trib. bejaht Z 15. 219; Bu. 14. 405. Unentschieden R 19. 101 (344). Die Frage dürfte richtiger zu verneinen sein. Die G.form, zu der man auf diesem Wege gelangt, ist nicht mehr die offene G., sondern eine Art von Aktiengesellschaft mit unbeschränkter Haftbarkeit, oben S. 442, auch Lyon p. 165 Anm. 1. Das Prinzip des H.G.B s ist auch für die subpartnership des englischen Rechts anerkannt, Levy intern. comm. law I p. 62.

[17]) Art. 98[2]. Uebereinstimmend L. 19—22. D. pro soc.; L. 47 § 1 de R.J. (socii mei socius meus socius non est); Treitschke § 10, 53; Pr. L.R. I. 17. 216—218; II. 8 § 633; österr. b. G.B. 1186; Dresd. Entw. 791; Code civ. 1861 (entsprechend Holländ. b. G.B. 1678; ital. cod. civ. 1725). Der Unterbetheiligte heißt in der franz. Rechtssprache croupier; über die Stellung desselben vgl. Bédarr. soc. I. No. 23 ss., 40 ss.; Lyon No. 340. — H.G.Bücher Spanien 322; Port. 586—90; Italien 79 (früher 111); Ungarn 76; Schweiz 542. — Entwürfe: W 212; Er 37, 38; Pr 102; E. I, II 97. — Die im österr. b.G.B., Spanien, W und Er enthaltene Bestimmung, nach welcher der G.er

Digitized by Google

sondern begründen zunächst nur Rechte und Pflichten zwischen ihm und seinem Kontrahenten [18]).

§ 68.

c. Einlagen.[1])

I. Einlagen sind die Behufs Bildung des Gesellschaftsfonds aus dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter in das der Gesellschaft eingebrachten Vermögenswerthe[2]). An sich können alle Vermögenswerthe, die des Ueberganges in ein anderes Vermögen fähig sind, Einlagen

sich ohne Zustimmung der übrigen in G.angelegenheiten nicht durch Dritte vertreten lassen darf, ist zwar nicht in das H.G.B. übergegangen, entspricht aber dem auf der Individualität der Mitglieder fußenden Wesen des G.vertrages, Bu. 40. 224. — Einräumung des Nießbrauchs an einem G.antheil Dernburg Pr. Priv.recht I (3. Aufl.) S. 703, Hanausek uneig. Nießbrauch S. 148 f., auch oben § 37 S. 209.

[18]) In Uebereinstimmung mit Pr. L.R. I. 17. 218; II. 8. 638; Port. 589, Ungarn, Schweiz und den Entwürfen a. a. O. spricht Art. 98 [2] dem Cessionar und Unterbetheiligten des G.ers das letzterem zustehende Kontrolrecht ab, entzieht ihm insbesondere die Befugniß zur Einsicht der Bücher und Papiere der G. Ein Anspruch hierauf steht dem Nichtgesellschafter weder gegen die G. noch gegen den socius qui admisit zu; auch von seinem Kontrahenten kann er durante societate nur „die nöthigen Aufschlüsse und Nachweisungen" über den Gewinn- und G.antheil desselben, nicht weitere gegen die gesellschaftliche Verschwiegenheitspflicht verstoßende Mittheilungen fordern, R 23. 41 (120).

[1]) Bender H.R. § 148; Treitschke Erwerbsgesellsch. §§ 14, 15, 32 ff.; Brinckmann § 35; Auerbach H.ges. S. 108, Gesellsch.wesen S. 23 ff.; Endemann H.R. § 40; Thöl § 90; Gareis S. 123 f.; Lastig in Endem. Handb. I. §§ 84—86; Renaud Komm.Gesellsch. § 30 ff.; Pard. IV No. 982 ss.; Brav. Veyr. (éd. Demangeat) I p. 156 ss.; Bédarr. sociétés I No. 29 ss.; Lyon No. 258 s.; Kist III bl. 196 v.; Vidari corso II No. 249 ss.

[2]) Durch die Bestimmung, das Gesellschaftskapital zu bilden, unterscheiden sich die Einlagen von den Auslagen, bei denen ebenfalls ein Uebergang von Vermögenswerthen aus dem Vermögen eines G.ers in das der G. stattfinden kann. Die Einlage muß ferner aus dem Vermögen eines G.ers in das der G. übergehen, mithin zur Zeit der Illation im Vermögen des ersteren gestanden haben. Daraus ergiebt sich der Unterschied zwischen der Einlage und dem viel weiteren Begriff des gesellschaftlichen Beitrages, vgl. z. B. L. 80 D. pro soc. Es trägt nicht zur Klärung bei, wenn man beides identifizirt und, wie gewöhnlich geschieht, von Arbeitseinlagen spricht. In obigem Sinne wird das Wort Einlage überall im H.G.B. gebraucht, insbesondere in Betreff der o. Hg. Art. 85, 91, 92, 106, 107, 108. Vgl. auch R 13. 51 (144): „Das G.vermögen besteht ursprünglich aus den Einlagen und den Rückständen derselben"; auch R. civ. 2. 80 (306). — Terminologie des Pr. L.R. Z 2. 412. — Einen Beitrag zum G.zweck aber keine Einlage enthält die im G.vertrag übernommene Verpflichtung, ein gewisses Areal mit Rüben zu bebauen und die geernteten Rüben der G. zu einem bestimmten Preise zu liefern, Z 11. 527.

Digitized by Google

sein, nicht blos Sachen und Rechte[3]), sondern auch die im § 37 (S. 203) bezeichneten Verhältnisse[3a]). Die Einlage kann in der Weise geschehen, daß der zu inferirende Werth seinem ganzen Inhalt nach in das Vermögen der Gesellschaft übergeht, wie auch so, daß die Substanz desselben dem Uebertragenden verbleibt und für die Gesellschaft blos ein abgeleitetes Recht daran begründet wird[4]). So insbesondere, wenn der Gesellschaft körperliche Sachen nur zur Benutzung, Berechtigungen zur Ausbeutung durante societate überlassen werden[5]).

II. Die Leistung von Einlagen ist sowohl eine Pflicht wie ein Recht der Gesellschafter, beides jedoch nur, wenn und insoweit im Gesellschaftsvertrag oder einer nachträglichen Uebereinkunft eine Vereinbarung hierüber getroffen ist. Daraus folgt: a) jeder Gesellschafter ist verpflichtet, die im Gesellschaftsvertrag versprochenen Einlagen zu leisten, und zwar rechtzeitig[6]). Bei nicht rechtzeitiger Leistung treten ohne Mahnung Verzugsfolgen ein, die bei versäumter Einzahlung von Geldeinlagen jedenfalls in sechsprozentigen Verzugs-

---

[3]) Alle übertragbaren Rechte, dingliche und persönliche, ebenso Urheber- und Patentrechte, desgleichen in den dazu geeigneten Fällen Firmen- und Markenrecht.

[3a]) Kundschaft und Kredit, sofern sie übertragbar sind, insbesondere dann, wenn sie Bestandtheile eines Handelsgeschäfts sind. Die in L. 80 cit. erwähnte gratia ist nicht sowohl der Kredit als der persönliche Einfluß, den der G.er hat. Dieser kann zwar der G. zu Gute kommen, aber nicht den Gegenstand einer Einlage bilden. Die französische Jurisprudenz nimmt an, daß der crédit commercial, nicht aber der crédit politique des Gesellschafters als Einlage dienen könne, Pard. IV No. 984; Bédarr. sociétés I No. 29, 30; Brav. Veyr. (éd. Demangeat) I p. 156 s.; Lyon No. 259.

[4]) Unterschied zwischen der communicatio quoad dominium und quoad usum, Vangerow III § 651; französisch: apport en pleine propriété und en jouissance. Der Unterschied bezieht sich nicht blos auf körperliche Sachen.

[5]) Das für die G. begründete abgeleitete Recht kann ein dingliches Recht sein, ist dies aber in den seltensten Fällen. Die Franzosen unterscheiden den apport en usufruit vom a. en jouissance im e. S., Brav. Veyr. a. a. O.

[6]) Art. 95 [1]. Ist kein Termin verabredet, so muß die Illation beim Beginn der G. (Geschäftsbeginn, Eintragung) stattfinden. — Die Einlagepflicht kann nicht blos von der G., sondern auch von den einzelnen G.ern gegen einander geltend gemacht werden, Bu. 19. 257; 28. 373. Gegenseitige Bedingtheit der Einlageverpflichtungen R. 22. 45 (201). Die Verpflichtung zur Einlage und der Anspruch des G.ers auf den ihm zukommenden Gewinn stehen zu einander nicht im Verhältniß von Leistung und Gegenleistung, daher kann letzterem Anspruch nicht wegen nicht geleisteter Einlage die exceptio non impleti contractus entgegengesetzt werden, Treitschke S. 117 ff.; Z 7. 463. Ueber die Geltendmachung der Einlagepflicht im Liquidationsstadium s. vorläufig R. 12. 12 (39); 22. 45 (201); 25. 38 (159); Bu. 28. 373.

Digitized by Google

zinsen bestehen[7]). — b) Kein Gesellschafter ist ohne vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zur Leistung von Einlagen verbunden[8]). Die Rechtssätze des bürgerlichen Rechts, die eine solche Verpflichtung aussprechen, sind durch das H.G.B. beseitigt[9]). — c) Kein Gesellschafter kann genöthigt werden, seine Einlagen über den versprochenen Betrag hinaus zu erhöhen, die durch Geschäftsverluste absorbirte Einlage zu erneuern oder zu ergänzen[10]). Eine solche Nöthigung kann weder durch die Uebereinstimmung der übrigen Gesellschafter, noch durch die Rücksicht auf die Erhaltung des Gesellschaftsgeschäfts begründet werden[11]). — d) Kein Gesellschafter ist berechtigt, eine nicht vertragsmäßig bedungene Einlage zu machen oder, mit einer einzigen

---

[7]) Unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatz des etwaigen höheren Schadens wie der sonstigen an die Säumniß sich knüpfenden Rechtsfolgen Art. 95[2]. Sechs Prozent Art. 287. — Die franz. Jurisprudenz geht davon aus, daß die dem Art. 95 entsprechende Bestimmung des Code civ. 1846 nicht sowohl eine Verzugsstrafe enthalte, als vielmehr auf der Absicht beruhe, die sonst vorhandene Ungleichheit zwischen den säumigen und den nicht säumigen Gesellschaftern zu beseitigen. Daher der Zweifel, ob die Bestimmung auch dann anwendbar ist, wenn die G.er, welche ihre Einlagen geleistet haben, Zinsen von denselben beziehen, wobei zu bemerken ist, daß eine Gutschrift von Einlagezinsen nach franz. Recht ohne besondere Abrede nicht stattfindet, Déd. soc. I. 39.c.

[8]) Arg. Art. 92, 95. Eine o. Hg. ist ganz ohne Vermögenseinlage denkbar. Ungültigkeit des G.vertrages wegen mangelnder Bestimmung hierüber ist daher nur dann anzunehmen, wenn feststeht, daß die G. auf Einlagen gegründet werden sollte, ohne daß die Höhe derselben bestimmt ist, Bu. 17. 198; R 9. 14 (38).

[9]) Insbesondere die Bestimmung, daß im Zweifel gleiche Einlagen zu leisten sind, Pr. L.R. I. 17. 189; österr. b. G.B. 1184; sächs. G.B. 1361; Pard. IV. no. 985, auch Dresd. Entw. 770. Daß die Interpretation des G.vertrages zu demselben Ergebniß führen kann und häufig führen wird, soll nicht in Abrede gestellt werden; vgl. auch R 9. 14.

[10]) Art. 92. Durch den G.vertrag kann sich der G.er dem Ermessen der Majorität oder eines einzelnen G.ers (auch dem arbitrium eines Dritten) in Bezug auf Erhöhung oder Wiederergänzung der Einlage unterwerfen, sofern der Inhalt seiner Verpflichtung dadurch nicht völlig unbestimmt wird; vgl. Bu. 12. 250.

[11]) Unanwendbar sind mithin für die o. Hg. die Bestimmungen des Pr. L.R. I 17. 191 und des österr. G.B.'s 1189, nach denen, wenn der G.zweck ohne Erhöhung der zugesagten Beiträge nicht erreichbar ist, das dieselbe weigernde Mitglied zum Austritt genöthigt werden kann. Waren die Einlagen von vornherein unzureichend, so ist der G.vertrag möglicherweise ungültig; sind sie später unzureichend geworden, so ist nach Art. 125[1] ein Grund zur Auflösung vorhanden, nicht aber zur Ausschließung des die Erhöhung oder Ergänzung ablehnenden G.ers, da der Grund der Auflösung nicht in seiner Person liegt, Art. 128; Treitschke S. 31 f.

Digitized by Google

Ausnahme, die festgesetzte Einlage gegen den Willen der übrigen Gesellschafter über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen [12]). — e) Nichtgesellschafter können nur, wenn sie der offenen Handelsgesellschaft als stille Gesellschafter hinzugetreten sind, Einlagen machen [13]).

III. Die Einbringung (Einwerfung, Illation) ist der Akt, durch welchen die Uebertragung der zu inferirenden Gegenstände aus dem Privatvermögen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen (Gesammteigenthum oder Gesammtrecht der Gesellschafter) bewirkt wird [14]). Was hierzu erforderlich ist, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht [15]),

[12]) Treitschke a. a. O. Uebereinstimmend Pr. L.R. II 8. 631 (anders bei Nichthandelsgesellschaften I. 17. 193 ff.). Französisches Recht Bédarr. I No. 33.

[13]) Oben § 67 [16]. Der Zulassung eines stillen Gesellschafters steht die Aufnahme von Anleihen zur Verstärkung des Gesellschaftsfonds sehr nahe, namentlich dann, wenn der Darleiher ebenfalls auf Gewinn und Verlust geht. Verantwortliches Kapital R. civ. 4. 18 (67). Der Unterschied besteht darin, daß der Abschluß solcher Geschäfte in den Bereich der Vertretungsbefugniß fällt; vom Standpunkt der Geschäftsführung aber wird zu denselben, da sie stets außerhalb des gewöhnlichen Betriebes der Gesellschaftsgeschäfte liegen, Zustimmung sämmtlicher Socien erforderlich sein.

[14]) Die Einbringung ist die Erfüllung der im G.vertrag übernommenen Einlageverpflichtung. Bei anderen als Geldeinlagen ist „dem Bedürfniß des kaufmännischen Verkehrs und Rechnens entsprechend eine Schätzung nach Geld als dem allgemeinen Werthmaßstab" erforderlich, R.civ. 2. 80 (306), und zwar ebenso, wenn die Einbringung zu Eigenthum wie wenn sie nur Behufs der Gebrauchsüberlassung stattfindet. Ueber die in dieser Hinsicht geltende Präsumtion, s. unten S. 485. Die Einbringung einer solchen Einlage zu Eigenthum enthält stets eine Veräußerung, ist aber weder Kauf noch datio in solutum. Ebensowenig liegt im Fall der Gebrauchsüberlassung eine Vermiethung vor. Anders Treitschke S. 90, 91. Vgl. besonders R. 10. 102 (435); Z 11. 557; 18. 604 ff. (Bering); 22. 280, 338 ff.; 25. 28 (Wiener); R.civ. 2. 80 (305); 9. 32 (143).

[15]) Nach bürgerlichem Recht bestimmt sich auch a) der Zeitpunkt des Gefahrüberganges, Treitschke a. a. O.; Pr. L.R. I. 17. 205; Förster-Eccius II § 143; österr. b. G.B. 1311; sächs. G.B. 866 ff.; 1363; Dresd. Entw. 388; Code civ. 1851; b) die Haftung für Eviction und für Mängel. Betrachtet man nach der hier verworfenen Ansicht die Einlage zu Eigenthum als Verkauf, die Einlage Behufs der Gebrauchsüberlassung als Vermiethung, so ergiebt sich die Anwendung der entsprechenden Grundsätze bezüglich der Haftung des Einlegenden. In Betreff der Haftung für Mängel würden demnach unter Umständen die Bestimmungen des H.G.B.'s Art. 347 ff. anwendbar sein, wenn, was zwar selten zutreffen wird, aber doch nicht unbedingt ausgeschlossen ist, die Einlage von einem andern Ort übersendet wird oder wenn in dem betr. Rechtsgebiet die gedachten Bestimmungen auch auf Platzgeschäfte ausgedehnt sind (v. Hahn zu Art. 347 § 28). Gegen die Anwendbarkeit R. 4. 68 (338); Hanausek Haftung des Verkäufers S. 201. Nach der hier vertretenen Auffassung sind im

Digitized by Google

insbesondere ob zur Begründung des Gesammteigenthums an körperlichen Sachen Uebergabe [16]), an Immobilien Auflassung gehört [17]).

Gebiet des gemeinen Rechts die allgemeinen Grundsätze über Evictionsleistung (Windscheid § 392) maßgebend, während für Mängel insoweit einzustehen ist, als dem Einlegenden dolus oder ein vertretbares Versehen zur Last fällt. Im Geltungsgebiet des Pr. L.R.'s entscheiden die sowohl auf Eviction wie auf Mängel bezüglichen Vorschriften über Gewährleistung bei lästigen Verträgen, I. 5 § 317—345. Ebenso im Gebiet des österr. Rechts die Bestimmungen des b. G.B.'s 922—33. Das sächs. G.B. enthält allgemeine Bestimmungen nur für Veräußerungsverträge, § 899—952; in Betreff der Gebrauchseinlagen folgt aus § 1372 die Verpflichtung des Einlegenden, die Sache in einem zum Gebrauch geeigneten Zustand zu übergeben und zu erhalten. — Der Code civ. 1845 verweist hinsichtlich der Haftung für Eviction bei den apports en propriété auf den Kauf. Die Jurisprudenz wendet die Grundsätze vom Kauf auch auf die Haftung für Mängel an und behandelt die apports en jouissance nach Analogie der Miethe Pard. IV no. 989; Lyon no. 259. — Dresd. Entw. 772, 150, 156, 172 ff. c) Nach bürgerlichem Recht bestimmen sich endlich auch die Voraussetzungen, unter denen unkörperliche Sachen, insbesondere Forderungen in das G.vermögen übergehen sowie die hierbei stattfindende Haftung des Einlegenden, Treitschke S. 92, 34; Windscheid § 330, 336; Pr. L.R. I 17. 198; I. 11. 427; österr. G.B. 1397 f.; sächs. G.B. 953, 971; franz. Recht Code civ. 1689, 1693 s.; Pard. IV. 989; Zachariae II § 359; Dresd. Entw. 772, 326.

[16]) Nach römischem Recht ist Tradition nöthig, Treitschke S. 91 f.; Windscheid § 171; ebenso bei Mobilien nach österr. Recht, b. G.B. 1181 und nach sächs. G.B. 253, 255 Nicht erforderlich ist die Uebergabe beweglicher Sachen nach Pr. L.R. I 17. 198, dazu Förster-Eccius II S. 398; Dernburg § 217. Nach franz. Recht ist dieselbe sowohl bei Mobilien wie bei Immobilien entbehrlich Code civ. 1138, dazu Stabel Inst. d. fr. Civilr. § 54; vgl. auch folg. Anm. — Anwendung des Grundsatzes Hand wahre Hand, bezw. des Art. 306 auf die von einem G.er durch Uebergabe inferirten beweglichen Sachen, R. civ. 9. 32 (146); Bu. 35. 321.

[17]) Stobbe II § 95. Erforderlich ist die Auflassung insbesondere nach Preuß. Recht, G. v. 5. Mai 1872 § 1 (früher Pr L.R. I. 17. 199); dazu R 22. 45 (201); Z 22. 280; Johow u. Küntzel Jahrbuch III S. 121; Achilles Kommentar 3. Ausg. S. 81; Dernburg u. Hinrichs Preuß. Hyp.recht I S. 328 f. Ebenso nach österr. Recht, b. G.B. 431; G. 25. 7. 71 § 4; nach sächs. b. G.B 276, dazu R 12. 12 (40); Z 22. 281; Noack, Bu 4. 208 f.; nach dem bremischen E.G. 13, 14 u. m. a. Letzteres erklärt die Auflassung für entbehrlich, wenn das Grundstück zur Zeit der Illation im Miteigenthum sämmtlicher G.er steht. Vgl. hierüber nach preuß. und sächs Recht Z 22. 280; Dernb. u. Hinrichs, Noack a. a. O. Ueber die Frage, ob die Auflassung noch nach Beendigung der G. (im Liquidationsstadium) gefordert werden kann R 12. 12; 22. 45. — Der Code civ. läßt zwar, wie Anm. 16 bemerkt, auch bei Immobilien das Eigenthum auf Grund des Vertrages übergehen, fordert aber zum Erweise Dritten gegenüber eine öffent-

Digitized by Google

IV. In einem andern Sinne wird unter Einbringung die thatsächliche Uebertragung körperlicher Sachen in den Gewahrsam der Gesellschaft verstanden. Der Einbringung in diesem Sinne kann sowohl die Absicht zu Grunde liegen, die Gesellschaft zur Eigenthümerin zu machen, wie ihr die eingeworfenen Gegenstände nur zum Gebrauch oder zur Benutzung zu überlassen. Kraft gesetzlicher Regel [18]) wird Eigenthumsübergang angenommen, wenn Geld oder andere verbrauchbare oder vertretbare Sachen eingebracht werden [19]); ebenso dann, wenn Sachen, die weder verbrauchbar noch vertretbar sind, mit einer Schätzung eingebracht werden, sofern nicht dargethan wird, daß die Schätzung lediglich der Gewinnvertheilung halber beigefügt war [20]). Für den Eigenthumsübergang auf die Gesellschaft wird

---

liche Urkunde oder eine Urkunde von sicherem Datum, Art. 1328. Nach dem in Elsaß-Lothr. geltenden französ. G. v. 23. 3. 55 gilt der Erwerber Dritten gegenüber erst dann als Eigenthümer, wenn der Veräußerungsvertrag im Grundbuch transskribirt ist.

[18]) Art. 91: Wenn Geld oder andere verbrauchbare oder vertretbare Sachen, oder wenn unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht blos zum Zweck der Gewinnvertheilung geschieht, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigenthum der Gesellschaft. — Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung kann es zweifelhaft erscheinen, ob sie auch in Betreff des Geldes sowie der anderen verbrauchbaren oder vertretbaren Sachen als Interpretativsatz anzusehen ist. Die Mot. zu Er und Pr 96 betrachten eine Einlage nur quoad usum bei den vorgeb. Gegenständen als schlechthin ausgeschlossen. Gleichwohl ist die, übrigens ziemlich unpraktische Frage zu bejahen, da die auf das innere Verhältniß der o. Hg. bezüglichen Rechtssätze einen dispositiven Charakter haben. So auch v. Hahn und Anschütz Komm. zu d. Art.

[19]) In den Worten: andere verbrauchbare oder vertretbare Sachen ist „oder" disjunktiv, in den Worten unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen dagegen konjunktiv zu verstehen. Diese Ungenauigkeit der Fassung hat Auslegungen von der erstaunlichsten Spitzfindigkeit hervorgerufen, Thöl § 90; Lastig in Endem. Handb. I. S. 352 f.; Pollitzer allg. österr. Ger.zeit 1883 Nr. 65—67. Die obige Auslegung, die sich namentlich auch bei v. Hahn findet (undeutlich Anschütz Komm. II S. 127 ff.), ergiebt sich mit Nothwendigkeit sowohl aus der Entstehungsgeschichte (hierüber Zus.), wie daraus, daß sie allein zu angemessenen Ergebnissen führt. Ueber Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit Go. II § 61 (2. Aufl. S. 25 ff.).

[20]) Die gesetzliche Präsumtion geht in diesem Fall dahin, daß die Taxe beigefügt ist, um die Höhe der Kapitalseinlage und den hierauf beruhenden Antheil des G.ers am G.vermögen festzustellen. Jede Taxe, die nicht diese Bestimmung hat, ist „lediglich der Gewinnvertheilung halber" beigefügt, R 10. 102 (435); Bu. 31. 83 ff. Die Präsumtion bezieht sich gleich der aus der Aufnahme in

Digitized by Google

ferner vermuthet in Betreff aller bisher einem Gesellschafter gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, die in das von sämmtlichen Gesellschaftern unterschriebene Gesellschaftsinventar eingetragen sind[21]). Die Vermuthung erstreckt sich hier nicht blos auf die der Einbringung zu Grunde liegende Absicht, sondern auch darauf, daß überhaupt eine Einbringung stattgefunden hat, — hat aber nicht die Bedeutung, daß die Eintragung in das Gesellschaftsinventar die Erfordernisse des bürgerlichen Rechts für den Eigenthumsübergang ersetzen soll[22]).

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebungen. a. Frankreich (s. Anm. zu d. §). Die Einlagepflicht ist im Code civ. normirt, besondere Bestimmungen für die o. Hg. fehlen. Die von den G.ern zum gemeinschaftlichen Zweck gewährten Beiträge heißen apports. Einlagen im e. S. werden wohl mises de fonds genannt, obwohl nicht bestimmt unterschieden wird. Gegenstand der apports können Geldsummen, andere Werthe, Arbeitsleistungen sein. Hier interessiren nur die beiden ersten Fälle. Geldeinlagen können nur zu Eigenthum inferirt werden. In Betreff anderer Sachen unterscheidet das Gesetz, wie Anm. 5 erwähnt, zwischen apport en propriété und a. en jouissance. Im Fall des a. en propriété gehen Eigenthum und Gefahr bei speziell bestimmten Sachen sofort mit der Uebereinkunft, bei generell bestimmten Sachen mit der Ausscheidung auf die G. über. Ein vor der thatsächlichen Einbringung stattfindender Untergang der zu inferirenden Gegenstände bewirkt Auflösung der G., art. 1867; dazu Stabel, Inst. d. fr. Civilr. § 207. Beim a. en jouissance trägt der Einlegende dauernd die Gefahr der inferirten Gegenstände; Untergang hat stets Auflösung der G. zur Folge, art. 1851, 1867. Apport en jouissance wird nur angenommen bei Sachen, die unvertretbar und unverbrauchbar sind (des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage). Beides wird offenbar als gleichbedeutend betrachtet, da als Gegensatz nur die Sachen quae usu consumuntur aut minuuntur genannt werden. Bei letzteren wird stets Einlage zu Eigenthum angenommen, sie stehen immer auf Gefahr der G. Dasselbe gilt, wenn Sachen auf Grund einer in das G.inventar aufgenommenen Schätzung oder lediglich des Verkaufs halber (anders bei der römischen societas distractionis L. 58 pr. D. h. t.; L. 13 § 1 de praescr. verb. 19. 5) eingebracht sind, art. 1845, 1867. Bezüglich des Grundsatzes, daß kein G.er seine Einlage über den versprochenen Betrag zu erhöhen, noch sich eine solche Erhöhung seitens der übrigen G.er gefallen zu lassen braucht, besteht nach der Jurisprudenz

---

das G.inventar hervorgehenden Vermuthung nicht blos auf bewegliche Sachen ersetzt aber bei Immobilien ebenso wenig wie diese letztere die nach bürgerlichem Recht erforderliche Auflassung. Ausdrücklich bestimmt in dem preuß. E.G. für Hannov. 15 und in den E.gesetzen für Schlesw.Holst. und für Lauenb. § 30. Vgl. auch Reichs-E.G. § 3 B. 4, unten Anm. 22.

21) Art. 91². Actio pro socio auf Anerkennung des Inventars Z. 11. 544.

22) Weder die Uebergabe bei Mobilien, noch die Auflassung bei Immobilien. Doch werden bei ersteren, wenn keine körperliche Uebergabe stattgefunden hat, regelmäßig die Voraussetzungen eines constitutum possessorium vorhanden sein, bei Immobilien wird ein Anspruch auf Auflassung begründet sein. Vgl. Anm. 20.

Digitized by Google

Uebereinstimmung mit dem H.G.B. Vgl. überhaupt Pard. IV no. 984, 989 ss.; Bédarr. sociétés I no. 29 ss., Brav. Veyr. (éd. Demangeat) I p. 156 ss.; Lyon No. 259; auch Stabel Inst. d. fr. Civilr. § 207. — b) Gleich dem Co. schweigt auch das holländ. H.G.B. und der belg. Code de c. revisé ganz über die Einlageverbindlichkeit; die Bestimmungen des holländ. B.G.B.'s stimmen mit denen des Code civ. überein, art. 1662, 1663, 1668, 1685; Kist III bl. 196 v. — c) Spanien 300—303. Haftung des Säumigen für das Verzugsinteresse, bes. für Verzugszinsen. Die G. hat im Fall der Zögerung die Wahl, auf nachträgliche Erfüllung der Einlageverpflichtung zu dringen oder den Vertrag dem Säumigen gegenüber aufzuheben, d. h. ihn aus der G. auszuschließen. Der Werth der eingebrachten Gegenstände soll in Ermangelung einer Uebereinkunft durch beiderseits ernannte Sachverständige geschätzt werden. Bilden Forderungen den Gegenstand der Illation, so haftet der inferirende G.er für den Eingang und kann im Fall der Unbeitreiblichkeit in Anspruch genommen werden. — d) Portugal 643—648. Theils wörtliche Uebersetzung, theils inhaltliche Wiedergabe von Pr.L.R. I. 17. 191—197 und II. 8. 631 f., dazu Haftung für inferirte Forderungen wie Spanien; Port. 551 gleich Pr. L.R. I. 17. 198. — e) Italien. Code civ. 1709, 1710, 1715, 1731 übereinstimmend mit dem franz. Recht. Es kommen hinzu die auf sämmtliche H.gesellschaften bezüglichen Bestimmungen des neuen H.G.B.'s art. 80—83 und 186. Nach denselben begründet nicht rechtzeitige Leistung der Einlagen nicht blos Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen bezw. zum Ersatz des Interesses, sondern auch Ausschließung des Säumigen, wenn derselbe rechtsförmlich in Verzug gesetzt ist. Es besteht ferner eine allgemeine Rechtsvermuthung für die Eigenthumseinlage. Schätzung der nicht in Geld bestehenden Einlagen nach dem Börsen- oder Marktpreis zur Zeit der Einbringung; wenn ein solcher nicht besteht, nach dem Gutachten Sachverständiger. Haftung für inferirte Forderungen wie Spanien, mit dem Zusatz, daß im Fall des Nichteinganges der G.er auch für Zinsen seit der Fälligkeit der Forderung und event. auch für ein weiter gehendes Interesse aufzukommen hat. Auf alle diese Bestimmungen ist das span. G.B. unzweifelhaft von Einfluß gewesen. — f) Ungarn 69, 70, 73 ganz wie unser H.G.B. — g) Schweiz 527 f. Im Zweifel gleiche Beiträge in der Art und dem Umfang, wie es der Zweck der G.er erheischt. In Bezug auf Gefahr und Gewährleistung finden bei Ueberlassung zu Eigenthum die Grundsätze vom Kauf, bei der Ueberlassung zum Gebrauch die Grundsätze von der Miethe Anwendung — In England wird nach Levy intern. comm. law I p. 66 s., 71 für Eigenthumseinlagen vermuthet. Die Einlagen müssen in diesem Fall absolutely und unconditionally in das G.vermögen eingebracht werden. Der einlagepflichtige G.er haftet für Eviktion.

II. Entwürfe W 191—195: Die Präsumtion spricht für Einlagen quoad usum; die Gefahr bleibt alsdann beim Einlegenden. Ausnahme verbrauchbare und angeschlagene Sachen. Im Fall nicht rechtzeitiger Leistung Haftung für Verzugszinsen, bezw. höheres Verzugsinteresse oder Befugniß zum Ausschluß des Säumigen nach vierwöchiger Androhung. Erhöhung der Beiträge nur mit Einwilligung sämmtlicher G.er. — Er 17—19. Art. 17[1] stimmt mit unserem Art. 91[1] überein, nur fehlt in Betreff der mit einer Schätzung übergebenen Gegenstände der Vorbehalt einer blos zum Zweck der Gewinnvertheilung angefertigten Schätzung. Dagegen findet sich in Bezug auf das „oder" schon in Er dieselbe Inconcinnität wie im H.G.B. Die Mot. zu Er stellen „Geld, verbrauchbare oder vertretbare

Sachen, deren Gebrauch seitens der G. sich mit dem Vorbehalt des Eigenthums für den Einbringenden nicht verträgt", allen anderen Sachen gegenüber. Die Präsumtion unseres Art. 91 [2] findet sich in Er noch nicht, in Betreff der nicht unter Abs. 1 fallenden Sachen wird auf Vertragsberedung und die Umstände des Falles verwiesen. Bei Eigenthumseinlagen hat der G.er im Fall der Vermögensauseinandersetzung einen Anspruch auf Erstattung des Betrages, bezw. Ersatz des Werthes zur Zeit der Einbringung. Folgen nicht rechtzeitiger Einzahlung wie nach dem H.G.B. — Pr 96, 97, 100 bis auf unwesentliche Fassungsverschiedenheiten wie H.G.B. 91, 92, 95. Aus den Mot. ergiebt sich, daß verbrauchbare und vertretbare Sachen als zusammenfallend betrachtet wurden. E I, II 90, 91, 94. Prot. 176—178, 181 f., 985 f. — Die österr. Entw. enthalten keine hierher gehörige Bestimmung, vgl. aber österr. B G.B. 1883 („verbrauchbare oder zwar unverbrauchbare jedoch in Geldwerth angeschlagene Sachen"), auch sächs. G.B. 1366; Dresd. Entw. 770—73. Die beiden letzteren sprechen nur von vertretbaren, nicht von verbrauchbaren Sachen.

§ 69.

d. Geschäftsführung. [1])

I. Akte der Geschäftsführung sind alle auf die Führung der Gesellschaftsgeschäfte bezüglichen Handlungen, soweit dabei das Verhältniß der Gesellschafter zu einander in Betracht kommt. [2]) Gesetzlich ist die Betheiligung an der Geschäftsführung Recht und Pflicht jedes einzelnen Gesellschafters. [3]) Auch diese Regel ist aber nur ergänzen-

[1]) Heise Vorles. S. 55; Treitschke § 16—20. b; Brinckmann § 39; v. Hahn Komm. I S. 344 ff.; Auerbach H.ges. S. 112 ff.; Gesellsch.wesen S. 45 ff.; Thöl § 92, 94; Endemann H.R. § 41; Gareis S. 130 ff.; Lastig in Endem. Handb. §§ 86, 88; Renaud Komm.ges. §§ 37–42, 48. — Fremde Lit. s. Zus.

[2]) Die scharfe Unterscheidung zwischen Geschäftsführung und Vertretung ist ein auf Er zurückzuführender Vorzug der deutschen vor sämmtlichen früheren H.G.Büchern; gefolgt sind ihm hierin Ungarn und Schweiz. In dem Kommentar von Anschütz ist dieser Gegensatz ganz verwischt; aber auch in der Rechtsprechung wird er nicht immer genügend beachtet, vgl. z. B. R 8. 95 (392). Handelt ein G.er außerhalb der ihm vertragsmäßig oder gesetzlich zustehenden Befugniß, so muß er für den Erfolg einstehen; auch wird bei einer derartigen Ueberschreitung häufig die Klage auf Auflösung der G. oder Ausschließung des unbefugt handelnden G.ers gemäß Art 125, 128 H.G.B. begründet sein, oben S. 478; R 20. 67 (247).

[3]) Art. 102 [1]. — Pflicht zur Betheiligung an der Geschäftsführung; Haftung für Schadensersatz bei kulposem Nichthandeln; v. Hahn S. 349 [7]; Renaud S. 255; oben S. 478 Anm. 11. Andererseits kann der einzelne G.er verlangen, „daß ihm die Möglichkeit gewährt werde, die nach Gesetz oder Vertrag ihm zukommende Thätigkeit auszuüben"; darin liegt aber nicht immer die Nothwendigkeit der Errichtung eines eigenen Geschäftslokals. R 25. 14 (52). — Art. 102 setzt einen perfekten G.vertrag voraus; Bu. 15. 428. Zusammenhang der Regel des Art. 102 mit dem Grundsatz gleicher Gewinn- und Verlustantheile, R 9. 14 (40).

Digitized by Google

der Natur.[4]) Unter den verschiedenen Möglichkeiten einer abweichenden Parteiberedung[5]) berücksichtigt das Gesetz zwei Fälle[5a]): a) gänzliche Ausschließung von der Vertretungsbefugniß. Sie wird, wenn die Befugniß zur Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist, hinsichtlich der nicht genannten angenommen.[6]) — b) Anordnung einer kollektiven Geschäftsführung, die nur auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung angenommen werden soll.[7])

II. Aenderungen der gesetzlichen Regel müssen im Gesellschaftsvertrag oder durch nachträgliche Uebereinkunft sämmtlicher Gesellschafter festgesetzt sein.[8]) Ebenso können die einmal getroffenen vertragsmäßigen Festsetzungen regelmäßig nur durch Einverständniß sämmtlicher Gesellschafter geändert werden.[9]) Ausnahmsweise ist ein

---

[4]) Unanwendbar sind auf H.gesellschaften die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über Geschäftsführung, soweit sie nicht ausdrücklich oder implicite im H.G.B. Anerkennung gefunden haben; vgl. Treitschke a. a. O.; Pr. L.R. I. 17. 206—210 (II. 8. 633—35); österr. b. G.B. 1188 in Verbindung mit 833—842; sächs. G.B. 1367—69, auch Dresdn. Entw. 779—83. Französ. Recht s. Zus. zu d. §.

[5]) Möglichkeit einer administratio vel in partes vel in regiones divisa, L. 3 § fi.; L. 4 D. de admin. et per. (26. 7); Renaud S. 269 f. — Sowohl die gesetzliche Regel wie die vertragsmäßigen Aenderungen derselben haben nur Bedeutung während des Bestandes der G., nicht für das Liquidationsstadium, vgl. R 21. 45 (145).

[5a]) Verabredungen über die Geschäftsführung gehören nicht in das H.register, Cl. und A. 3. 272; unrichtig Bu. 9. 129.

[6]) Art. 99 vgl. auch unten zu Anm. 8; Bu. 2. 173 f.

[7]) Art. 100. Wie Geschäftsführung und Vertretung überhaupt, so ist auch die kollektive Geschäftsführung von der Kollektivvertretung zu scheiden. Ueber letztere Art. 86[4], unten § 72.

[8]) Nach dem Wortlaut der Art. 99 und 102 soll das die gesetzliche Regel abändernde Uebereinkommen im G.vertrag enthalten sein. Auch in Art. 101 wird die Unwiderruflichkeit der an einen oder mehrere G.er geschehenen Uebertragung der Geschäftsführung nur für den Fall ausgesprochen, daß dieselbe im G.vertrag enthalten ist. Danach liegt es nahe, an einen ähnlichen Gegensatz zwischen der dem G.vertrag einverleibten Uebereinkunft und einer nachträglichen Abmachung zu denken wie im französ. Recht (Zus. zu d. §). Es würde indeß einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfen, um einen solchen der ratio juris nicht entsprechenden Gegensatz anzunehmen. Gegen denselben schon Mot. zu Er S. 109, vgl. auch Thöl a. a. O. Das ungar. H.G.B. nennt in den unseren Art. 99, 100, 102 entsprechenden §§ 77, 79, 80 neben dem G.vertrag ausdrücklich „ein späteres Uebereinkommen".

[9]) Die Unwiderruflichkeit kommt nach dem in der vor. Anm. Bemerkten nicht blos den im G.vertrag enthaltenen, sondern auch späteren Abmachungen zu, sofern ihnen nicht eine andere Absicht zu Grunde liegt. Ob dies der Fall ist, läßt

Digitized by Google

einseitiger Widerruf der durch Vertrag eingeräumten Befugniß zur Geschäftsführung zulässig,[10]) falls rechtmäßige Ursachen vorliegen, über deren Vorhandensein der Richter entscheidet.[11])

III. Die Befugniß zur Geschäftsführung bezieht sich zunächst nur auf die zum gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft gehörigen Geschäfte.[12]) Abgesehen von dem zu I. b erwähnten Fall ist jeder geschäftsführende Gesellschafter befugt, solche Handlungen auf eigene Hand vorzunehmen.[13]) Andererseits kann jeder geschäftsführende Gesellschafter gegen die Vornahme Einspruch erheben,[14]) mit der Wirkung, daß alsdann die Handlung unterbleiben muß.[15]) Die von

---

sich nur thatsächlich feststellen. Eine Präsumtion für die Widerruflichkeit einer späteren Uebertragung der Geschäftsführung, wie sie die Mot. zu Er, wenn auch nur als praesumtio facti, annehmen, ist keineswegs berechtigt; v. Hahn zu Art. 99; Renaud Komm.ges. S. 270 f.

[10]) Art 101. Eine Entziehung der den G.ern auf Grund des Art. 102. zustehenden Befugniß zur Geschäftsführung ist nicht statthaft; v. Hahn 3. Aufl zu Art. 101 (anders in der ersten Aufl. Vorbem. zu Art. 99—104 § 8), Bu. 15. 107 f. — Nicht ausgeschlossen ist dagegen auch in diesem Fall die interimistische Untersagung durch den Prozeßrichter im Wege der einstweiligen Verfügung Civ.Proz.O. 814 ff. Durch einstweilige Verfügung kann auch an Stelle der geschäftsführenden G.er oder neben denselben ein Administrator der G. ernannt werden, R 16. 21 (72), unten § 72.

[11]) Art. 101[2,3]. Zur Leitung des richterlichen Ermessens ist auf die im Art. 125 Nr. 2—5 aufgeführten Fälle verwiesen. Die Vorschrift des Art. 101 bezieht sich nur auf die Geschäftsführung, nicht auf die Vertretungsbefugniß, R 1. 3 (27).

[12]) Vgl. hierzu Brinckmann S. 146; Thöl § 92 IV; ausgew. Entsch.gr S. 24. 19; v. Hahn Vorbem. zu Art 99—104 § 4; Renaud Komm.ges. S. 249.

[13]) Art. 102[1]. Soweit die Befugniß zur Geschäftsführung reicht, besteht auch die Verpflichtung, die G.interessen wahrzunehmen. Die Z 15. 218 mitgetheilte Entsch. ist danach schwerlich zu rechtfertigen.

[14]) Sog. véto administratif. Der Einspruch muß „gegen die Vornahme einer Handlung", d. h. gegen einzelne bestimmt ins Auge gefaßte Geschäfte gerichtet sein; unberücksichtigt bleibt ein generelles oder in Bezug auf noch unbestimmte Eventualitäten eingelegtes Veto, Z 15. 222; Bu. 18. 151. Handelt es sich um die Wahrnehmung der G.interessen gegenüber einem G.er, so ist der Widerspruch dieses letzteren nicht zu beachten; v. Krämel Bu. 4. 16.

[15]) Art. 102[2]. Diese Wirkung des Einspruchs fand sich bereits in Er, während nach Pr wie im franz. Recht ein Mehrheitsbeschluß entscheiden sollte. Die Rückkehr zum System von Er ist in 1. Les. erfolgt; ein Antrag, der die Beseitigung eines unbegründeten Einspruchs durch den Richter zuließ, wurde in 2. Les. abgelehnt; v. Hahn S. 355, auch Zus. zu d. §. — Der Einspruch wirkt aber nur auf das Verhältniß der G er zu einander; gänzlich unbegründet ist die Ansicht v. Krämel's, daß nach Art. 102 der von einem G.er gestellte

Digitized by Google

der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter sind dagegen weder zur Vornahme derartiger Handlungen [16]) noch zum Einspruch [17]) befugt. Im Fall einer kollektiven Geschäftsführung müssen sämmtliche mit derselben betraute Gesellschafter zusammen oder doch in Uebereinstimmung mit einander handeln, sofern nicht Gefahr im Verzuge vorhanden ist. [18]) Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, erfordern vorgängige Zustimmung sämmtlicher, auch der nicht geschäftsführenden Gesellschafter. [19]) — Zur Bestellung von Prokuristen ist, falls nicht Gefahr im Verzuge ist, die Einwilligung sämmtlicher zur Geschäftsführung befugten Gesell-

---

Antrag auf Konkurseröffnung seine Wirkung verliert, wenn vor dem Eröffnungsbeschluß ein anderer G.er bei Gericht Widerspruch erhebt; Bu. 40. 135. Art. 102 kommt hier überhaupt nicht in Frage, R.Konk.O. 199, vgl. mit 97 [2], [3]; dazu Stieglitz S. 690; früher Preuß. Konk.O. 286 [2], 326 [2]; unten § 72 [6]. Grundloser Einspruch kann den Antrag auf Auflösung der G. oder Ausschluß des Einsprechenden motiviren; auch haftet bei dolos oder kulpos (mit Außerachtlassung der diligentia quam suis) erhobenem Einspruch der Widersprechende für Schadensersatz; Renaud S. 252. Nimmt der Geschäftsführer die Handlung trotz des Einspruches vor, so handelt er auf seine Gefahr, v. Hahn zu d. Art.

[16]) Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Ausschließung von der Geschäftsführung bei Gefahr im Verzuge keine Geltung haben soll. Handelt demnach der ausgeschlossene G.er mit Rücksicht auf eine solche Gefahr, so haftet er nur für diligentia quam suis, sonst unbedingt für den Erfolg, oben § 67 Anm. 9; a. M. Renaud S. 293.

[17]) Art. 99.

[18]) Art. 100 Abs. 1; dazu v. Hahn, Renaud S. 272 ff., auch Zus. a. E. d. §. Im Fall einer kollektiven Geschäftsführung sind die G.er verpflichtet, „Einrichtungen zu treffen, daß Ablieferungen von Gegenständen und Schriften, jedenfalls in den Etablissements der G., an den einen Socius nicht erfolgen können, ohne daß der andere alsbald Kenntniß hiervon erhält und dadurch seinem Willen Geltung zu verschaffen Gelegenheit findet"; Bu. 36. 179 (App.ger. Leipzig 79). An diese im Allgemeinen durchaus zutreffende Bemerkung wird in der geb. Entsch. die unbegründete Folgerung geknüpft, daß, weil eine derartige Veranstaltung durch die bona fides sowohl, wie durch das eigene Interesse der G. erfordert werde, auch präsumirt werden müsse, daß die G.er ihre Obliegenheiten erfüllt haben. Dabei liegt wieder eine Verwechselung zwischen Geschäftsführung und Vertretung zu Grunde. Daß auch bei Gefahr im Verzuge der Versuch zu machen ist, sich, soweit es die Dringlichkeit des Falles zuläßt, der Zustimmung der übrigen G.er zu versichern, haben v. Hahn und Renaud richtig hervorgehoben; vgl. auch Z 21. 526.

[19]) Art. 103. Erforderlich ist ein mit Stimmeneinhelligkeit gefaßter Beschluß. Sonst muß die Handlung unterbleiben. In diesem Fall wird auch durch Gefahr im Verzuge keine Ausnahme begründet, R 20. 67 (247); Renaud S. 249.

Digitized by Google

schafter erforderlich,[20]) nicht dagegen für die Aufhebung der Prokura oder für die Anstellung oder Entlassung von Handlungsgehülfen und Handlungsbevollmächtigten.[21])

IV. Alle Gesellschafter, auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, haben eine weitgehende Kontrolbefugniß. Sie haben zu diesem Behuf Zutritt zum Geschäftslokal, das Recht der Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft und die Befugniß, sich auf Grund derselben eine Bilanz anzufertigen.[22]) Diese Berechtigungen sind durchaus persönlich, sie können weder auf Andere übertragen noch durch Stellvertreter ausgeübt werden.[23]) Ein Verzicht ist statthaft, verliert aber seine Wirkung, wenn eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird.[24])

---

[20]) Art. 104. Früheres Recht Mot. zu Pr 107; Treitschke § 19; Brinckmann S. 149. Ist die Geschäftsführung nicht einem oder mehreren G.ern besonders übertragen, so ist die Einwilligung aller G.er erforderlich. Die ebensowohl von dem Grundsatz des Art. 102 wie von dem des Art. 103 abweichende Bestimmung findet nicht blos bei Besetzung der im G.geschäft bereits vorhandenen, sondern auch bei Kreirung neuer Stellen Anwendung, v. Kräwel Bu. 4. 17 f.; anders v. Hahn in d. ersten Aufl. Im Gegensatz zu Art. 118 bezieht sich Art. 104 lediglich auf das Verhältniß der G.er zu einander, Bu. 21. 57, daher kann der Registerrichter die Eintragung des Prokuristen in das H.register nicht deswegen ablehnen, weil nicht alle, bezw. nicht alle geschäftsführende G.er bei der Ernennung mitgewirkt haben, anders Z 21. 526; Cl. und A. 4. 761.

[21]) Aufhebung der Prokura, Art. 104²; Bu. 21. 57. Für die Zulässigkeit der Anstellung von H.gehülfen und H.bevollmächtigten ist entscheidend, ob die Anstellung derartiger Hülfspersonen als zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörig zu betrachten ist, v. Hahn zu d. Art. — Entlassung eines Redakteurs durch einen G.er, Bu. 16. 160.

[22]) Art. 105¹. Goldschmidt Z 29. 375 f. Zulässigkeit der Besitzstörungsklage wegen verweigerter Einsicht der H.bücher nach Preuß. Recht, Bu. 14. 107. Bücher und Schriften, auf die sich die Befugniß zur Einsicht erstreckt, Cl. u. A. 3. 261; R 6. 68 (296).

[23]) R 7. 18 (75); 23. 41 (120); Cl. u. A. 4. 723; Bu. 2. 173; 40. 221; Z. 22. 312, oben § 67 Anm. 18. Ausnahmen: gesetzliche Vertreter handlungsunfähiger und juristischer Personen. Sind o. H.gen als Gesellschafter betheiligt, so kann jeder G.er das Kontrolrecht auch bei der G. ausüben, der seine G. als Mitglied hinzugetreten ist. Den Privatgläubigern des G.ers steht das Kontrolrecht und mithin auch die Einsicht der H.bücher nicht zu. Z 22. 285, 302; Cl. u. A. 1. 120. — Renaud K.G. S. 327. 433; Goldschmidt a. a. O.

[24]) Art. 105². Aus der Möglichkeit der Kontrole erklärt sich, daß Inventar und Bilanz von sämmtlichen, nicht blos von den geschäftsführenden G.ern zu unterzeichnen und daß auch die letzteren für die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung verantwortlich sind, Art. 30¹; Bu. 9. 115; 10. 311; vgl aber auch Bu 3. 385. — Pr. L.R. II. 8. 638, Dresd. Entw. 790.

Digitized by Google

V. Die geschäftsführenden Gesellschafter sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Rechnungslegung verpflichtet.[25]) Bei ordnungsmäßiger Buchführung wird dieser Pflicht vielfach durch den Hinweis auf die Bilanz und die Handelsbücher genügt werden können. Ob und inwieweit daneben noch eine weitere Rechenschaft erforderlich ist, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen.[26]) Von dem Verzicht auf die Rechnungsablage gilt dasselbe wie von dem Verzicht auf die Kontrolbefugniß.[27])

Zusatz I. Fremde Gesetzgebungen: a) Frankreich (Pard. IV No. 1012—21; Béd. sociétés 1 No. 141—47; Brav. Veyr. 1 p. 195 ss.; Lyon No. 317—28). Code civ. 1856—60, auch für H.gen maßgebend. Geschäftsführung und Vertretung sind danach nicht getrennte, sondern zusammenfallende Begriffe; gemeinsame Bezeichnung ist administration (gestion). In Ermangelung besonderer Abmachung hat jeder G.er Administration und kann mit Ausnahme von „neuernden" Verfügungen über Immobilien (innovations sur les immeubles dépendans de la société) alle Verwaltungshandlungen vornehmen, vorbehaltlich des den übrigen G.ern zustehenden Einspruchsrechtes. Ob der Einspruch die Vornahme der Handlung unbedingt hindert oder ob alsdann die Majorität der G.er über die Zulässigkeit zu entscheiden hat, ist bestritten. Die Anhänger der letzteren Ansicht nehmen meist an, daß die Mehrheit nach Köpfen (nicht nach Antheilen) zu bestimmen ist, — Der Einspruch braucht nicht beachtet zu werden, wenn die Geschäftsführung durch den G.vertrag einem oder mehreren G.ern besonders übertragen ist. Letzteren Falles wird im Zweifel nicht kollektive, sondern getrennte Verwaltungsbefugniß angenommen. Hat die Uebertragung der Befugniß durch den G.vertrag stattgefunden, so kann sie während der Dauer der G. nicht ohne rechtmäßigen Grund widerrufen werden; ist sie später (par acte postérieur au contrat de la société) erfolgt, so gilt sie als frei widerrufliches Mandat. — b) Mit dem franz. Recht stimmen wiederum vollständig überein Belgien (Namur II No. 880—87) und Holland (holl. b. G.B. 1673—77, dazu Kist III bl. 208v.). — c) Italien. Code civ. 1720—23 dem franz.

---

[25]) Bähr in Ihering's Jahrb. Bd. 13 S. 251—297; Z. 7. 458; Pr. L.R. I. 17. 219 ff (früher auch II. 8. 640 ff.), dazu Dernburg Pr. Privatr. II. § 44; R 3. 8 (48); österr. G.B. 1198—1200, sächs. G.B. 1368. 1393—96; Code civ. (1856), 1993; Dresd. Entw. 793.

[26]) Prot. S. 195 f.; Anschütz Komm. II S. 216; Renaud S. 328 f.; — R 3. 8 (48); 5. 45 (203); 12. 90 (273); 14. 36 (88); 19. 101 (344); 23. 41 (120); Z 8. 576—78; 15. 224—226; 22. 286—88; Bu. 1. 281; 4. 360; 11. 240, 330; 13. 259; 16. 88; 17. 200; 19. 35; 20. 73; 21. 313; 24. 323; 40. 257; 41. 313. — Klage auf Anerkennung des Inventars Z 11. 544. Der Klage auf Rechnungslegung kann nicht die exceptio non impleti contractus entgegengesetzt werden, weil der Kläger ebenfalls zur Rechnungslegung verpflichtet ist, R 16. 16 (48); Z 22. 289. Ebensowenig Nichterfüllung der Einlagepflicht, Z 22. 288 f.

[27]) Prot. 196; Renaud S. 329; Z 19. 457 (Sydow).

Digitized by Google

Recht entnommen; für den Fall der Anwendung einer kollektiven Verwaltung wird ähnlich unserem Art. 100[1] ausdrücklich eine Ausnahme bei Gefahr im Verzuge gemacht. Auf diese Bestimmungen verweist das neue H.G.B. 107 f. auch in Betreff der Handelsgesellschaften. Der obige Zweifel hinsichtlich der Behandlung des Einspruchs ist zu Gunsten des G.beschlusses entschieden; die Mehrheit soll nach Antheilen berechnet werden. Doch kann die Majorität ohne eine besonders dahin gehende Ermächtigung weder den Gegenstand der G. noch den Inhalt des G.vertrags ändern, noch Unternehmungen beschließen, die dem im G.vertrag festgesetzten Zweck des Unternehmens fremd sind. Vgl. auch Vidari corso II no. 801 ss. — d) Spanien 304—308. Im Zweifel haben alle Socien gleiche Verwaltungsbefugniß. Gegen den Einspruch eines gerirenden Socius darf keine neue Verbindlichkeit eingegangen werden, der Zuwiderhandelnde macht sich der G. verantwortlich, ohne daß darum die Verbindlichkeit wirkungslos ist. Nicht gerirende Socien haben kein Einspruchsrecht. Ist einem G.er durch G.vertrag die ausschließliche Befugniß zur Zeichnung der G.firma übertragen worden, so kann ihm dieselbe nicht entzogen werden, doch können im Fall eines Mißbrauches die übrigen G.er einen Coadministrator ernennen oder im Wege der Klage die Auflösung der G. herbeiführen. Jeder G.er, auch der nicht geschäftsführende, hat die Befugniß, den Stand der G.geschäfte und die Buchführung zu prüfen. — e) Portugal 611—616 ist eine Kompilation aus Preuß. L.R. II 8. 633, 634; Code civ. 1856, 57; Spanien 307 (Befugniß einen Mitadministrator zu ernennen oder die Auflösung der G. herbeizuführen). Eine einzige Bestimmung (Port. 614) ist neu. Den G.ern ist im Fall einer vertragsmäßigen Uebertragung der Verwaltung an einen der G.er gestattet, die Befugnisse desselben beliebig zu begrenzen. Verpflichtung aller G.er zur Controle der Buchführung, Port. 650 nach Preuß. L.R. II 8. 633 f. — f) Schweiz 532—35, 555. Regelmäßig steht die Geschäftsführung allen G.ern zu. Im Zweifel kann jeder geschäftsführende G.er allein handeln; Einspruchsrecht wie nach H.G.B. Einwilligung sämmtlicher G.er erforderlich bei Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der G.geschäfte hinausgehen und zur Bestellung von Generalbevollmächtigten, außer wenn Gefahr im Verzuge ist. Prokurist s. Zus. I zu § 72. — g) Ungarn 77—83, bis auf redaktionelle Abweichungen mit dem H.G.B. übereinstimmend. — Englisches Recht s. zu § 72 (Vertretungsbefugniß).

II. Entwürfe. a) W 196—199 schließt sich in der Hauptsache dem spanischen H.G.B. an. Jeder offene G.er ist zur Geschäftsführung befugt. Einspruchsrecht der geschäftsführenden G.er, doch nur mit der Wirkung, den Zuwiderhandelnden für den Schaden verantwortlich zu machen. Bei ausschließlicher Uebertragung der Geschäftsführung an einen G.er Befugniß der übrigen, im Fall ungehöriger und nachtheiliger Geschäftsbesorgung einen weiteren Geschäftsführer neben ihm zu bestellen. Aus dem französ. Recht ist die freie Widerruflichkeit einer „späteren" Übertragung der ausschließlichen Geschäftsführung übernommen; Controlbefugniß 204. — b) Er 32—36. Hier tritt zuerst die Scheidung zwischen Geschäftsführung und Vertretung bestimmt hervor (oben § 65 Anm. 1). Die Bestimmungen über erstere folgen dem französischen Recht mit nachstehenden Modifikationen. Die Befugniß zur Geschäftsführung erstreckt sich auf die gewöhnlichen Geschäfte der G.; ausgeschlossen sind Veräußerung und Hypothekenbestellung von Immobilien, Neuerungen an denselben, Veräußerung und Verpfändung der zum

Digitized by Google

Betrieb der G.geschäfte erforderlichen Gegenstände. Der Einspruch inhibirt die vorzunehmende Handlung unbedingt, kein G.beschluß. Die Bestimmung, daß die „spätere" Übertragung der Befugniß zur Geschäftsführung beliebig widerrufen werden kann, ist nicht aufgenommen. Für den Fall kollektiver Geschäftsführung ist eine Ausnahme gemacht, „wenn ein drohender Schaden durch unverzügliches Handeln abgewendet werden kann," eine dem bad. Landrecht 1858 a entnommene Maßgabe. — c) Pr 103—108, E. I, II 98—104. Nach Pr sollte über den Einspruch gegen die Vornahme einer zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörigen Handlung durch einen nach der Kopfzahl zu bestimmenden G.beschluß entschieden werden; bereits in E. I ist aber das die Vornahme der Handlung unbedingt hindernde Einspruchsrecht anerkannt. Alle übrigen Differenzen vom H.G.B. sind untergeordneter Natur (s. auch oben in den Anm. zu d. §). Prot. 193—204, 989—91, 4519. — Die österr. Entw. haben keine Bestimmungen über die Geschäftsführung; Om 85 und Or 87 handeln von der Befugniß zur Firmenzeichnung.

§ 69a.

e. Konkurrenzbetrieb.[1])

Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft dürfen ohne Genehmigung der übrigen Gesellschafter in dem Handelszweig der Gesellschaft weder für eigene noch für fremde Rechnung Geschäfte machen, noch sich an anderen gleichartigen Handelsgesellschaften als persönlich haftende Gesellschafter betheiligen.[2]) Uebertretung des Verbots[3]) begründet: a) eine Klage auf Unterlassung pro futuro;[4]) b) Anspruch

---

[1]) Bender § 149; Heise § 21; Treitschke S. 78 ff.; Brinckmann § 39 (S. 150); Thöl § 94; Endemann § 40; Auerbach Gesellsch. S. 15; Gareis S. 126; Lastig in Endem. Handb. I S. 373 ff.; Renaud Komm.gesellsch. S. 333 f.; Bu. 4. 11 (v. Kräwel); 5. 11 (Voigtel).

[2]) Art. 96. Durch die Beschränkung auf Konkurrenzgeschäfte unterscheidet sich dies Verbot von dem der Art. 56 und 59. Ob die Geschäfte dem Handelszweig der G. angehören, bezw. ob Gleichartigkeit der beiden Gesellschaften vorliegt, ist im konkreten Fall zu bestimmen; v. Hahn zu diesem Art., Lastig, Renaud a. a. O. Gestattet ist auch bei Gleichartigkeit des Betriebs eine Betheiligung an anderen Gesellschaften, die nicht in der Eigenschaft eines persönlich haftenden G.ers stattfindet. — Verhältniß der Art. 96 und 97 zum früheren Recht. Sächs. E.G. § 9. — Für das gemeine Recht läßt sich das Verbot nur aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der bona fides rechtfertigen, nicht auf bestimmte Quellenstellen wie L. 52 § 5, L. 64 D. h. t. zurückführen. Hiernach ist der Betrieb gleichartiger Geschäfte nur insoweit für unstatthaft zu erachten, als er mit dem G.interesse kollidirt, was zwar in der Regel, aber nicht immer zutrifft. Mot. zu W S. 181; Pr. L.R. II. 8. 636 f. vgl. mit I. 17. 233 f.; österr. G.B. 1186; sächs. G.B. 1370; Dresd. Entw. 792. Franz. Recht s. Zus.

[3]) Das Verbot bewirkt weder Nichtigkeit noch Ungültigkeit der verbotswidrigen Handlungen, ist daher nicht ex officio zu berücksichtigen, Z 15. 219.

[4]) Oben S. 326 Anm. 9; R 19. 46 (136); Bu. 1. 281 (v. Völderndorff).

Digitized by Google

auf Schadensersatz; c) in Betreff der in eigenem Namen geschlossenen Geschäfte, alternativ mit dem Anspruch zu b konkurrirend, das sog. Eintrittsrecht, d. h. die Befugniß zu verlangen, daß die verbotswidrig in eigenem Namen gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden.[5]) Die Ansprüche zu a und b können gemäß den oben § 66 (Zus. I) erörterten Grundsätzen sowohl von den einzelnen Gesellschaftern wie Namens der Gesellschaft geltend gemacht werden,[6]) die Geltendmachung des Eintrittsrechtes dagegen setzt ein Verlangen der Gesellschaft, d. h. einen hierauf gerichteten, dem verbotswidrig handelnden Gesellschafter kundgegebenen übereinstimmenden Willen der übrigen Gesellschafter voraus.[7]) Das Eintrittsrecht erlischt nach drei Monaten, seitdem die Gesellschaft von

---

[5]) Art. 97. Das Eintrittsrecht hat dieselben Wirkungen, wie im Fall des Art. 56, namentlich begründet dasselbe ebenfalls zunächst nur Ansprüche gegen den verbotswidrig handelnden G.er, nicht gegen die Dritten, mit denen derselbe Geschäfte geschlossen hat; Bu. 3. 113, Z 8. 575, oben S. 326. Auch erstreckt sich das Eintrittsrecht nur auf die Geschäfte, die der G.er in seinem alleinigen Namen gemacht, weder auf diejenigen, die er in fremdem Namen, noch auf solche, die er als persönlich haftender G.er einer anderen gleichartigen G. geschlossen hat. Das Verhältniß des Eintrittsrechtes zu dem Anspruch auf Schadensersatz ist ein ausschließendes, also ein anderes wie nach Art. 56. Ist die eine Alternative gewählt, so kann von der anderen nicht mehr Gebrauch gemacht werden; Prot. 189; Renaud S. 339; unten Anm. 7. — Nach Ungarn 75 steht auch in unserem Fall das Recht auf Schadensersatz über das Eintrittsrecht hinaus (auf das quod pluris interest) zu, Zusatz zu d. §.

[6]) Die Ansicht der N.C. ging entschieden dahin, daß sowohl die Klage auf Unterlassung wie der Anspruch auf Schadensersatz den einzelnen G.ern zustehen sollten, Prot. 187; Renaud S. 342. Die Fassung des Art. 97 bietet keine Veranlassung, in Betreff dieser Ansprüche von den oben S. 472 f. dargelegten Grundsätzen abzuweichen, insbesondere nicht der Passus „die Gesellschaft kann den Ersatz des Schadens fordern." — Auch in diesem Fall können die einzelnen G.er die Erstattung des Schadens nur zur G.kasse fordern, nicht wie Anschütz zu d. Art. annimmt, jeder für sich den seinem Antheil am G.vermögen entsprechenden Theil des Schadensersatzes. Auf die Beurtheilung des Schadensanspruches findet R.Civ.Pr.O. § 260 Anwendung, Renaud S. 340

[7]) v. Hahn, der in der ersten Auflage die im Art. 97 eingeräumten Rechte für Befugnisse der einzelnen G.er erklärt hatte, nimmt gegenwärtig an, daß sowohl das Eintrittsrecht wie der Anspruch auf Schadensersatz nach den Grundsätzen von der Geschäftsführung geltend zu machen seien, d. h. daß die Geltendmachung durch jeden geschäftsführenden G.er erfolgen, aber durch den Einspruch jedes anderen geschäftsführenden G.er inhibirt werden könne. Im Wesentlichen übereinstimmend v. Krävel a. a. O.; Renaud S. 342 ff. Diese Ansicht führt indeß zu ganz unhaltbaren Ergebnissen nicht blos, wenn der dem Verbot zuwider-

Digitized by Google

dem Abschluß des verbotswidrigen Geschäfts Kenntniß erhalten hat.[8]) Kenntniß der Gesellschaft ist in diesem Fall erst mit der Wissenschaft sämmtlicher übriger Gesellschafter vorhanden.[9])

Neben den hier erwähnten Befugnissen kann das Zuwiderhandeln gegen das Konkurrenzverbot als ein Grund für die Auflösung der Gesellschaft, bezw. die Ausschließung des übertretenden Gesellschafters in Betracht kommen.[10])

Das Konkurrenzverbot findet keine Anwendung, wenn die übrigen Gesellschafter mit dem anderweitigen Handelsbetrieb einverstanden sind. Als stillschweigende Genehmigung gilt insbesondere, wenn denselben bei Errichtung der Gesellschaft die Betheiligung des Gesellschafters an einer anderen gleichartigen Gesellschaft bekannt war und die Aufgabe dieser Theilnahme nicht ausdrücklich bedungen worden ist.[11]) Mit der Auflösung der Gesellschaft wird das Verbot von selbst unanwendbar.[12])

---

handelnde G.er der einzige geschäftsführende G.er ist (Komplementar einer Kommanditgesellschaft), sondern auch dann, wenn unter mehreren geschäftsführenden G.ern in Bezug auf die zu wählende Alternative Meinungsverschiedenheit besteht. Die Auskunft, auf die Renaud S. 343 für den ersten Fall verweist, die Klage müsse so lange unterbleiben, als der betr. G.er von der Geschäftsführung oder gar von der G. ausgeschlossen sei, zwingt die Parteien zu Maßregeln, die möglicherweise weder ihrem Willen noch ihrem Interesse entsprechen. Die obige Auffassung entgeht derartigen Consequenzen, da hiernach, auch wenn nur ein G.er den Anspruch auf Schadensersatz geltend macht, das Eintrittsrecht von selbst hinfällig wird. Gerechtfertigt ist dieselbe auch deswegen, weil die Ausübung des Eintrittsrechts nicht als eine im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der G. liegende Handlung zu betrachten ist, Lastig S. 376. Besteht die G. nur aus zwei Mitgliedern, so hat der Socius des verbotswidrig handelnden G.ers die Wahl zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz und dem Eintrittsrecht; anders Bu. 39. 138.

[8]) Art. 97². Der Wortlaut der Bestimmung läßt Zweifeln Raum, ist aber wohl in dem Sinn zu verstehen, daß durch den Ablauf der Frist nur das Wahlrecht zwischen Eintritt und Schadensersatz erlöschen soll. Uebereinstimmend Renaud S. 346 f., auch Prot. 269 f. Die dreimonatliche Frist ist keine Verjährungs-, sondern eine Präklusivfrist, Renaud a. a. O.

[9]) Ebenso Lastig S. 378; anders v. Hahn Komm. § 4; Renaud S. 349.

[10]) Art. 97 vgl. mit Art. 125. 128.

[11]) Art. 96², dazu Prot. S. 190 f., Renaud S. 337. Erforderlich ist Kenntniß sämmtlicher übrigen G.er. Die Präsumtion bezieht sich nicht, wie nach Art. 56² (oben S. 325), auch auf die Fälle, in denen der G.er bei Eingehung der G. für seine alleinige oder für fremde Rechnung H.geschäfte trieb. Hier entscheidet demnach freies richterliches Ermessen.

[12]) Das Konkurrenzverbot gilt nicht für das Liquidationsstadium, R 21. 45 (145); Z 10. 369 (Keyßner).

Digitized by Google

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebung. Die einzige hierher gehörige Bestimmung des französischen Rechts ist Code civ. 1847, wonach der socius industriae verpflichtet ist, der G. allen im Geschäftszweig derselben gemachten Gewinn in Rechnung zu stellen. Ueber die zweifelhafte Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den gerirenden G.er Pard. IV no. 1016, 1020. — Uebereinstimmend mit dem franz. Recht Belgien und Holland, holländ. h. G.B. 1664; Kist III bl. 200. — Spanien 313—17, 326[6]. Bei G.en, die auf einen bestimmten Handelszweig gerichtet sind, ist den G.ern der Betrieb gleichartiger Geschäfte, bei G.en., die sich nicht auf einen bestimmten Gegenstand beschränken, jeder Geschäftsbetrieb für eigene Rechnung ohne Zustimmung der übrigen G.er untersagt. Doch darf im letzteren Fall die Zustimmung nicht verweigert werden, wenn kein offenbarer Nachtheil für die G. zu besorgen ist, auch wird angenommen, daß eine G., die im G.vertrag als Gegenstand ihres Betriebes den Handel im Allgemeinen bezeichnet, sich nicht auf Manufakturgeschäfte erstreckt (art. 315: no se entienden comprendidas las manufacturas). Zuwiderhandlungen gegen das Verbot geben der G. Anspruch auf den Gewinn aus den verbotswidrigen Geschäften, wogegen die zuwiderhandelnden G.er den Verlust allein zu tragen haben. Dem socius industriae ist der Betrieb von Geschäften außerhalb der G. ebenfalls allgemein untersagt; bei Uebertretung des Verbots hat die G. die Befugniß, entweder den betr. G.er auszuschließen oder sich den Gewinn aus den verbotswidrigen Geschäften anzueignen. — Portugal 617 f. ist eine Uebersetzung von Pr. L.R. II. 8. 636 f. mit dem Zusatz, daß der verbotswidrig handelnde G.er den Gewinn an die G.kasse abliefern, den Verlust dagegen allein tragen muß. — Italien 112, 113 (ähnlich schon im H.G.B. von 1865 Art. 115—117) entspricht im Wesentlichen dem D. H.G.B. Das Recht der G., die verbotswidrig geschlossenen Geschäfte für eigene Rechnung zu übernehmen (di ritenere che il socio abbia agito per conto di essa) ist nach art 113 nicht auf die in eigenem Namen geschlossenen Geschäfte beschränkt, vgl. Vidari il nuovo cod. p. 84 s., auch corso II No. 756—61. — Schweiz 536, 558. Bei allen G.en ist den G.ern verboten, zu ihrem besonderen Vortheil Geschäfte zu betreiben, durch welche der Zweck der G. vereitelt oder beeinträchtigt wird. Den Mitgliedern der Kollektivgesellschaft ist der Betrieb von Geschäften in demselben Umfang wie nach unserem Art. 96[1], aber auch die Betheiligung als Kommanditist an einem anderen gleichartigen G. untersagt. Unserem Art. 96[2] und Art. 97 entsprechende Bestimmungen fehlen. — Ungarn 74, 75. Die G. ist berechtigt, das verbotswidrig für eigene Rechnung geschlossene Geschäft als für Rechnung der G. geschlossen anzusehen und überdies Schadensersatz zu fordern; sonst bis auf Fassungsänderungen mit dem D. H.G.B. übereinstimmend. — Die englische Jurisprudenz folgert aus dem das G.verhältniß beherrschenden Prinzip der aequitas, daß kein partner sich an Geschäften betheiligen darf, die sein eigenes Interesse mit dem der G. in Kollision bringen, Parson p. 227; Levy intern. comm. law I p. 72; Smith p. 30.

II. Entwürfe. W 201—203. Allen Mitgliedern einer o. Hg. ist ohne Genehmigung der übrigen die Errichtung eines Handelsgewerbes derselben Art sowie die Betheiligung als offener oder stiller G.er an einem solchen, den geschäftsführenden G.ern auch den Betrieb einzelner gleichartiger Unternehmungen untersagt. Die Genehmigung darf nicht verweigert werden, wenn für die G. kein Nachtheil zu besorgen ist. Der socius industriae darf sich ohne Genehmi-

Digitized by Google

gung „mit keiner Handelsunternehmung irgend einer Art beschäftigen". Folge der Uebertretung ist in allen vorgedachten Fällen Verlust des Gewinnes an die G. und Befugniß der letzteren, den übertretenden G.er auszuschließen oder ihm die Geschäftsführung und die Einsicht der Bücher und Papiere der G. zu entziehen; alsdann muß sich derselbe mit der Mittheilung des jährlichen Rechnungsabschlusses begnügen. — Er 21 stimmt dem Inhalt nach im Wesentlichen bereits mit dem H.G.B. überein. Abweichend ist, daß das Verbot lediglich hinsichtlich des Betriebs für eigne Rechnung nicht auch der übrigen in unserem Art. 96[1] enthaltenen Fälle ausgesprochen ist, daß, wie nach W die Genehmigung nicht versagt werden darf, wenn kein Nachtheil für die G. zu besorgen ist und daß unserem Art. 96[2] und 97[2] entsprechende Bestimmungen fehlen. Pr 95, 96 differirt insofern, als im Abs. 1 (entsprechend unserem Art. 96[1]) der Betrieb für fremde Rechnung nicht erwähnt ist und die dreimonatliche Frist für Geltendmachung des Eintrittsrechts fehlt. In E I. 95, 96 findet sich nur noch die erste Abweichung; E II. 95, 96 stimmt wörtlich mit dem H.G.B. überein. Prot. 183–191, 269 f., 986—89, 4519; Erinnerungen Nr. 119–125.

§ 70.

f. Vertheilung von Gewinn und Verlust.[1])

In Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen[2]) findet die Vertheilung von Gewinn und Verlust unter die Gesellschafter am Schluß eines jeden Geschäftsjahres statt,[3]) nachdem das Ergebniß des

[1]) Martens § 20; Heise § 20 S. 53; Bender § 150; Pöhls I § 96 S. 212 f.; Treitschke § 40–51; Brinckmann § 41 f.; Thöl I § 9; v. Hahn Vorbem. zu Art. 107–109; Endemann H.R. § 42; Auerbach H.ges. I S. 116, Gesellsch.wesen S. 80 f.; Gareis S. 128 f.; Lastig in Endem. Handb. I § 87; Renaud K.G. § 44—46; Goldschmidt in Krit. Zeitschr. Bd. 4 S. 307 ff. (Kritik von Pr). — Fremde Liter. s. Zusatz.

[2]) Die Abreden können sich auf den Zeitpunkt wie auf die Art der Vertheilung beziehen. Sie müssen im G.vertrag enthalten oder einstimmig getroffen sein. Ueber die Grenzen ihrer Zulässigkeit, oben § 65, bes. Anm. 3 und 5. Rechtsfall Z 11. 532 ff.; Bu. 13. 182, 185. Festsetzung der Antheile nach Ermessen eines Dritten oder eines oder mehrerer Gesellschafter. In der Regel ist nicht merum arbitrium, sondern boni viri arbitratus gewollt, R 16. 109 (427).

[3]) Art. 107. Der Grundsatz der jährlichen Gewinn- und Verlustvertheilung galt in Deutschland schon vor dem H.G.B. nach Pr L.R. I. 17. 261; II. 8. 654 f. und nach österr. G.B. 1199; auch im Gebiet des gemeinen Rechts war derselbe für Handelsgesellschaften vielfach anerkannt, Goldschmidt a. a. O. S. 314; dagegen namentlich Brinckmann und (mit Konzessionen) Treitschke S. 108, 126. Abweichend von W und Er hatte sich Pr auf die Autorität von Brinckmann gegen die jährliche Vertheilung entschieden; dieselbe verdankt ihre Aufnahme in das H.G.B. einem in 2. Les. gefaßten Beschluß, nachdem ein dahin gehender Antrag in 1. Les. erfolglos geblieben war, Prot. 205, 991 ff. Nach dem H.G.B. hat der Dresd. Entw. 793 auch bei G.en des bürg. Rechts die jährliche Vertheilung als Regel angenommen. — Die Vertheilung am Schluß des Geschäftsjahres ist eine definitive, keine blos provisorische. Geschäftsjahr

Digitized by Google

Gesellschaftsgeschäfts durch Inventar und Bilanz festgestellt worden ist.[4]) Gewinn und Verlust werden, wenn nichts anderes ausbedungen ist, nach Köpfen getheilt.[5])

Vor Aufstellung der Bilanz sind jedem am Gesellschaftskapital betheiligten Gesellschafter vom Betrag seiner Kapitalsbetheiligung vier Prozent Zinsen gut zu schreiben.[6]) Diese sog. Zinsen sind in Wahrheit eine dem Gesellschafter unter allen Umständen, ohne Rücksicht auf das Ergebniß des Gesellschaftsgeschäfts, zustehende Frucht seiner Kapitalsbetheiligung.[7]) Die Betheiligung am Gesellschaftskapital be-

oben § 42 Anm. 5 und Anschütz Komm. zu Art. 107. Ueber das Prinzip selbst v. Hahn Vorbem. S. 359 ff.

[4]) Für die Aufstellung von Inventar und Bilanz sind die oben § 42 erörterten Grundsätze maßgebend. Eine Bestimmung hierüber in Pr, die speziell auf die o. Hg. Bezug hatte, ist bereits in 1. Les. gestrichen worden, v. Hahn zu Art. 107. Vgl. auch Z 8. 555; Bu. 3. 385.

[5]) Art. 109. So auch nach röm. Recht, L. 29 D; § 1 J. h. t., Windscheid § 406 Anm. 13 (Ausdrücklich dehnt die Bestimmung des Art. 109 auf alle G.en aus Mecklenb. E.G. § 3 Nr. 3.) Ebenso sächs. G.B. 1365, Dresd Entw. 776. Anders Pr.L.R. I. 17. 251 ff, österr. G.B. 1193, 1197. Fremde Gesetzgebungen und Entw. s. Zus. De lege ferenda Goldschm. S. 308 f. — Bestimmung der Kopftheile, wenn eine Hg. als Gesellschafterin betheiligt ist, Bu. 19. 36.

[6]) Art. 106. Nach Pr.L.R. II. 8. 653 konnte bei H.gen (nicht bei G.en des bürgerlichen Rechts) jedes Mitglied von seinem eingelegten Kapital gewöhnliche Zinsen fordern, wenn nicht das Gegentheil im Kontrakt festgesetzt war. Für die Gutschrift der Zinsen, als einem allgemeinem H.g.brauch entsprechend, hatte sich ferner Brinckmann ausgesprochen, H.R. § 41 VII, § 42; Arch. f. civ. Pr. Bd. 34 S. 160, dem auch in diesem Punkte Pr gefolgt ist. Dagegen Goldschmidt S. 310 f. — Auch in Betreff der Unabhängigkeit des Zinsanspruches von dem Geschäftsergebniß findet sich das Prinzip des H.G.B s bereits im Allg. L.R., vgl. Mot. zu Pr S. 61; Gelpcke Zeitschr. II S 55, unrichtig Goldschmidt a. a. O. Ebenso sollten nach Pr 110 die Zinsen vom Gewinn abgezogen oder dem etwaigen Verlust zugerechnet werden. In dem entspr. Art. 106 E. I fehlt diese Bestimmung; ob bei der Streichung die Absicht einer materiellen Aenderung zu Grunde gelegen hat, ist nicht deutlich, Prot. 205, 208—210. In 2. Les, wo die Frage eingehend zur Sprache kam, wurde durch Stichentscheid beschlossen, daß das R. der G.er auf Verzinsung „ein absolutes, ein Forderungsrecht" sein solle. Daher wurden in E. II 105[2] die Zinsen als „Schuld der G." bezeichnet, Prot. 999, 1021 ff. In 3. Les. wurde dieser Satz wegen des möglichen Mißverständnisses, als ob der G.er wegen der Zinsen einem dritten G.gläubiger gleich stehe, wieder gestrichen und Abs. 3 unseres Art. 106 hinzugefügt, Prot. 4520, 4632—34, Erinner. Nr. 127—130. Vier Prozent statt der gesetzmäßigen Zinsen, Prot. 998.

[7]) Daß es sich hierbei nicht um Zinsen im eigentlichen Sinne handelt, wurde

Digitized by Google

ruht ursprünglich auf der von den Gesellschaftern geleisteten Einlage[8]), es kann aber im Laufe des Geschäftsbetriebes sowohl eine Verminderung unter, wie eine Erhöhung über den Betrag der Einlage stattfinden. Ersteres durch Geschäftsverluste, letzteres durch die zur Einlage hinzukommenden Zinsen und Gewinnantheile, die, wenn und so lange sie im Gesellschaftsfond verbleiben, ebenfalls als werbendes Kapital betrachtet werden.[9]) In Folge der Gutschrift von Gewinnantheilen kann auch ein Gesellschafter, dessen Beiträge nur in Arbeitsleistungen bestehen, zu einer Betheiligung am Gesellschaftskapital gelangen.

Wie vorstehend bereits angedeutet, handelt es sich sowohl bei den Zinsen wie bei den Gewinn- und Verlustantheilen zunächst nur um die Feststellung des den Gesellschaftern zukommenden, oder sie belastenden Betrages, rechnungsmäßig ausgedrückt, um die Regulirung der Kapitalkonten der einzelnen Gesellschafter.[10]) Indeß kann jeder Gesellschafter während des nächsten Geschäftsjahres die ihm am Schluß des letzten Jahres gutgeschriebenen Zinsen unbedingt, den ihm zukommenden Gewinnantheil des letztverflossenen Jahres, soweit es nicht zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht, aus der Gesellschaftskasse beanspruchen.[11]) Nach Ablauf des nächsten Geschäftsjahres steht ihm die Befugniß hierzu nur mit Einwilligung sämmtlicher

schon von der R.C. anerkannt, Prot. 209, ebenso v. Hahn Vorbem. § 3; Renaud R.G. S. 309.

[8]) Nur wirklich geleistete, nicht blos versprochene Einlagen kommen in Betracht. Aber auch Einlagen quoad usum enthalten eine Betheiligung am G.kapital und gewähren einen Anspruch auf Verzinsung, v. Hahn Vorbem. § 9; Wolff Centralorgan N. F. V S. 380; anders Laftig S. 368.

[9]) Art. 106[1, 2]. Insoweit erleidet der Grundsatz, daß kein G.er seine Einlage ohne Einwilligung der übrigen erhöhen darf, oben S. 482 f., eine Ausnahme. Daß der Zuwachs der Einlage gleich dieser selbst im nächsten Geschäftsjahr zu verzinsen ist, bestimmte bereits Pr 109[1]. In 2. Les. wurde in entgegengesetztem Sinne beschlossen, Prot. 999; dieser Beschluß muß indeß später bei Feststellung der Protokolle wieder geändert sein; aus den Prot. erhellt Nichts hierüber. In E. II 105 Abs. 1 (gleich unserem Art. 106[1]) fehlen nach dem im Beil.band zu dem Prot. S. 224 veröffentlichten Text die Worte „am Gewinn vermehrt oder durch Abrechnung seines Antheils" u. s. w. Die Auslassung ist aber offenbar eine unabsichtliche.

[10]) Art. 106[1], 107[1]; dazu v. Hahn Vorbem.

[11]) Art. 108[2]. Zur Entstehungsgeschichte v. Hahn zu d. Art. Preuß. LR. II. 8. 653 ff. gestattete die Entnahme landesüblicher Zinsen von der Einlage schon vor dem Jahresabschluß; der Gewinnantheil konnte zwar erst nach dem Abschluß und nach bewirkter Vertheilung, aber nicht blos während des nächsten Geschäftsjahres beansprucht werden. Gemeines Recht vor dem H.G.B. oben Anm. 3;

Digitized by Google

Gesellschafter zu.[12]) Das Kapitalkonto der am Verlust betheiligten Gesellschafter kann möglicherweise einen Passivsaldo ergeben.[13]) Ein derartiger Passivsaldo begründet eine Schuld des belasteten Gesellschafters an die Gesellschaft, d. h. an die übrigen Gesellschafter, die jedoch, so lange das Gesellschaftsverhältniß fortdauert, in der Schwebe bleibt. Die Realisirung derselben erfolgt erst nach der Auflösung der Gesellschaft oder dem Austritt des betreffenden Gesellschafters.[14])

Zusatz I. Fremde Gesetzgebung. a) Frankreich. Pard. IV No. 996 bis 1000; Brav. Veyr. I p. 159 s.; Bédarr. sociétés I No. 34—37; II No. 460; Lyon No. 262—265). Co. schweigt, in Betracht kommt Code civ. 1853—1855. Gewinn und Verlust werden nach Verhältniß der Einlagen vertheilt;

auch Z 2. 413. Nach R 19. 120 (416) ist die Klage auf Auszahlung des Gewinnantheils gegen die G. zu richten. Indeß wird es doch auch für möglich erklärt, die Mitgesellschafter als solche darauf in Anspruch zu nehmen, „daß sie nicht berechtigt seien, der Zahlung aus der G.kasse zu widersprechen, daß sie dieselbe zuzulassen hätten". Vgl. hierzu oben S. 472 f., auch R 9. 117 (432). Exceptio non (rite) impleti contractus gegen die Klage auf Gewinnvertheilung wegen Nichtleistung der Einlage findet nicht statt, dagegen kann dem Anspruch des G.ers auf Auszahlung des Gewinnantheils der Gegenanspruch der G. wegen nicht geleisteter Einlage, soweit er sich zur Kompensation eignet, entgegengesetzt werden, Treitschke S. 117 ff., Z 7. 463. — Ob die Herausnahme des Gewinnantheils zum offenbaren Nachtheil der G. gereicht, muß im Streitfall durch den Richter bestimmt werden; die Beweislast trifft den, der aus diesem Grunde die Unzulässigkeit der Entnahme behauptet. Einzelne Fälle der Unzulässigkeit v. Hahn S. 370 f.

[12]) Ein G.er, der im Lauf des Geschäftsjahres befugter Weise etwas auf seinen Antheil entnimmt, vermindert denselben um den entnommenen Betrag, hat daher von diesem Zeitpunkt an nur Anspruch auf Verzinsung in Höhe des ihm noch verbleibenden Betrages. Nach Art. 106[1] ist dies in der Weise zu reguliren, daß dem G.er die entnommenen Beträge nebst vier Prozent Zinsen von dem Tage der Herausnahme bis zum Rechnungsabschluß zur Last geschrieben werden. Indeß stellt diese Belastung keine Schuld des G.ers an die G. dar, R. civ. 3. 18 (59). Befugt ist nicht blos die Herausnahme der Zinsen und unter der gesetzlichen Voraussetzung des Gewinnes des letztverflossenen Geschäftsjahres, sondern jede mit Bewilligung der übrigen G.er erfolgende Entnahme.

[13]) v. Hahn S. 363 f. Derselbe hebt mit Recht hervor, daß der im H.G.B. vorgeschriebene Vertheilungsmodus sowohl wegen des steten Wechsels, dem die Antheile unterworfen sind, wie wegen der Möglichkeit von Passivsaldi mit der Annahme eines nach Quoten zerlegbaren Miteigenthums am G.vermögen unvereinbar ist. Die Art. 106 ff. enthalten daher ein Argument für die Selbständigkeit des Vermögens der o. Hg., Bu. 27. 61.

[14]) v. Hahn a. a. O. Ohne Zustimmung der übrigen G.er ist der belastete G.er nicht einmal berechtigt, seinen Passivsaldo vor der Auflösung einzuzahlen, Lastig S. 369; wohl aber kommt derselbe als Debetposten beim Abschluß des Kontos am Ende des nächsten Geschäftsjahres in Rechnung.

Digitized by Google

ein gesetzlicher Anspruch auf Verzinsung besteht nicht Der socius industriae steht dem G.er gleich, der die geringste Einlage geleistet hat. Bei H.gen findet nach Pard. die Regulirung der Gewinn- und Verlustantheile jährlich auf Grund des Inventars statt. Der G.er kann seinen Gewinnantheil zur Verstärkung des G.fonds stehen lassen, kann ihn aber auch zurückziehen, sofern dies ohne Gefährdung der G.geschäfte möglich ist. Die gesetzlichen Bestimmungen greifen nur in Ermangelung anderer zulässiger Vertragsberedungen Platz. Unzulässig ist jede Abrede, die einen G.er ganz vom Gewinn ausschließt, ebenso die Verabredung, nach welcher ein G er, der Vermögenseinlagen geleistet hat, ganz von der Theilnahme am Verlust befreit sein soll. Bestritten ist, ob unstatthafte Abreden den ganzen Societätsvertrag ungültig machen oder ob nur die betreffende Abmachung als hinfällig anzusehen ist. Ist die Bestimmung der Gewinn- und Verlustantheile einem der G.er oder einem Dritten überlassen, so kann der Ausspruch wegen offenbarer Unbilligkeit binnen drei Monaten angefochten werden. (Bad. Landr. 1854. a bestimmt genauer, wann offenbaren Unbilligkeit anzunehmen.) — Die Bestimmungen des franz Rechts gelten unverändert in Belgien und Italien (Cod. civ. 1717—19; Vidari corso II no. 770—79). b) Holland 1670—72. Es ist unstatthaft, die Bestimmung der Gewinn- und Verlustantheile dem Ermessen eines G.ers oder eines Dritten zu überlassen; eine solche Abrede gilt als nicht geschrieben. Zulässig ist dagegen, einen G.er ganz vom Verlust auszuschließen. Sonst Uebereinstimmung mit dem franz. Recht; Kist III bl. 202 v.; de Wal I bl. 92. — c) Spanien 318 s. Gewinnvertheilung nach franz. Recht. Der Verlust wird unter die G.er, die Kapitalseinlagen geleistet haben, ebenfalls nach Verhältniß ihrer Einlagen vertheilt, die blos mit Arbeitsleistungen betheiligten G.er nehmen ohne besondere Abmachung nicht am Verlust Theil. — d) Portugal 653—55; 658—62; 559, 560. Mit geringen Aenderungen sich an das Pr L.R. anschließend; die Bestimmung über die Feststellung der Gewinn- und Verlustantheile in Art. 662 ist im Wesentlichen dem französ. Recht (Code civ. 1853, 1855) entlehnt, doch nimmt der socius industriae im Zweifel nicht am Verlust Theil, Art. 560. — e) Ungarn 84—86 folgt dem D. H.G.B. Abweichend ist, daß die Gut- und Abschreibung der Zinsen von dem Antheil am G.vermögen, bezw. von den auf den Antheil entnommenen Geldern nicht in Höhe von vier, sondern von sechs Prozent stattfindet (§ 84 vgl. mit § 281), und daß dem s. g. socius industriae ein entsprechendes, eventuell durch das Gericht festzusetzendes Honorar zu berechnen ist Sowohl Zinsen wie Honorar sind bei Feststellung des Geschäftsergebnisses als Passivum in Ansatz zu bringen; beide können während des nächsten Geschäftsjahres unbedingt aus der G.kasse entnommen werden. — f) Schweiz 556, 557 vgl. mit 530, 531. Auch hier wie nach dem D. H.G.B. jährliche Vertheilung auf Grund von Inventar und Bilanz. In Ermangelung anderer Abmachung Kopftheile. Gutschrift von vier Prozent Zinsen wie bei uns, außerdem für jeden G.er ein „allfällig für seine Arbeit verabredetes Honorar". Beide werden bei Feststellung des Geschäftsergebnisses als G.schuld behandelt. Gewinn, Zinsen und Honorar des letztverflossenen Geschäftsjahres kann jeder G.er aus der G.kasse entnehmen; doch hat derselbe, wenn seine Einlage durch frühere Verluste vermindert worden ist, bis zur Wiederergänzung keinen Anspruch auf Auszahlung des Gewinnantheils. Der nicht entnommene Betrag vermehrt die Einlage, „sofern die anderen G.er keine Einwendung dagegen erheben". Bezüglich der das Gesetz

Digitized by Google

abändernden Vereinbarungen erklärt Art. 531 die Verabredung für zulässig, daß der socius industriae nicht am Verlust betheiligt sein soll. (Also wie nach franz. Recht kein Ausschluß des socius pecuniae vom Verlust bezüglich seiner Einlage.) — g) Englisches Recht. Näheres nur bei Levy intern. comm. law. I p. 70, ganz beiläufig Smith p. 201, 34; Parsons p. 230. Nach Erstgenanntem werden Gewinn und Verlust im Zweifel gleich getheilt. Die Feststellung findet jährlich statt; jeder G.er kann seinen Antheil am Jahresgewinn aus der G.kasse entnehmen. Als unstatthaft gilt ein Abkommen, welches einen G.er ganz vom Verlust befreit, vgl. jedoch Parsons p. 41.

II. Entwürfe. W 206—208. Gewinn und Verlust werden alljährlich festgestellt und nach Verhältniß der Einlagen vertheilt. Der socius industriae nimmt am Gewinn gleich dem mit der geringsten Kapitalseinlage betheiligten G.er, am Verlust gar nicht Theil. Der Gewinn wird bezogen, wenn dies ohne Zerrüttung der laufenden Geschäfte möglich ist. Statthaftigkeit anderer Abmachungen, sofern nicht ein G.er allen Gewinn bezieht. — Er Tit. 3 Art. 26—29. Berechnung der Gewinn- und Verlustantheile wie W; wenn sämmtliche G.er nur ihren Gewerbefleiß eingebracht haben, so gelten gleiche Antheile; haben einige G.er Vermögenseinlagen, andere Vermögenseinlagen und Arbeitsleistungen eingebracht, so sind die Antheile der letzteren durch richterliches Ermessen zu bestimmen. Die Vertheilung erfolgt jährlich auf Grund der Bilanz, wenn die Lage der G.geschäfte nicht einen Aufschub erheischt. Zulässigkeit anderer Abmachungen, insbesondere gänzlicher Befreiung eines G.ers vom Verlust; dagegen kann bei Ausschluß vom Gewinn der Vertrag höchstens als Schenkung bestehen, sofern die Voraussetzungen einer solchen vorhanden sind. Bestimmung der Gewinn- und Verlustantheile nach Ermessen eines G.ers oder eines Dritten wie Code civ. 1854. — Pr 109—113. Von den Kapitalseinlagen werden gesetzmäßige (Mot. S. 60) Zinsen berechnet, Gewinn und Verlust gleich getheilt; der Gewinnantheil des Einzelnen kann durante societate nicht herausgezogen werden, sondern vermehrt oder bildet dessen Antheil am G.vermögen und kommt erst nach Auflösung der G. mit dem G.vermögen selbst zur Theilung. Dagegen ist der im Geschäftsbetriebe der G. thätige G.er berechtigt, in Ermangelung eigenen Vermögens den zu seinem Unterhalt nöthigen Betrag aus dem G.vermögen zu beziehen. Er wird dadurch Schuldner der G. und muß die empfangenen Gelder verzinsen. Unstatthaftigkeit des Ausschlusses vom Gewinn, Zulässigkeit der Befreiung vom Verlust wie Er. — E I 105—108 stimmt bis auf Redaktionsänderungen mit Pr überein, dagegen enthält E II 105—108 bereits fast wörtlich den Text des H.G.B.'s. Abweichend ist nur, daß in E II 105 (unserem Art. 106) am Schluß des zweiten Abs. die Zinsen als eine Schuld der G. bezeichnet werden, wogegen der dritte Abs. unseres Art. 106 fehlt.

II. Aeußeres Verhältniß.

§ 71.

a. Beginn.[1])

Die offene Handelsgesellschaft tritt nach Außen in das Leben, sobald

[1]) Pöhls I. S. 210; Treitschke § 54 S. 136; Fischer-Ellinger österr.

sie in das Handelsregister eingetragen wird, oder obwohl noch nicht eingetragen, ihre Geschäfte beginnt.[2]) Die Eintragung ist der späteste Beginn ihrer äußeren Existenz, eine Abrede, die den Anfang auf einen späteren Zeitpunkt verlegt, ist Dritten gegenüber unwirksam.[3]) Ist bei der Eintragung ein früherer Zeitpunkt des Beginnes angegeben, so muß die Gesellschaft denselben gegen sich gelten lassen.[4]) Geschäftsbeginn liegt vor, wenn sämmtliche Gesellschafter die Gesellschaft ins Leben treten lassen wollen und wenn auf Grund dieser Absicht ein dem Gewerbebetrieb der Gesellschaft angehöriges Geschäft namens derselben abgeschlossen wird.[5]) Das Geschäft braucht im Verhältniß zum Gewerbebetrieb der Gesellschaft kein Grundgeschäft zu sein, son-

---

H.R. § 98; Brinckmann § 37 S. 132; Thöl § 88; Endemann § 36 IV; Auerbach Handelsgesetz S. 104; Gareis S. 136; Lastig in Endem. Handb. I. § 90; Renaud S. 157 ff.; v. Krāwel Bu. 4. 20 ff.

[2]) Art. 110 Abs. 1. Die Existenz der o. Hg. wird durch die angef. Thatsachen Dritten gegenüber auch dann begründet, wenn der G.vertrag ungültig ist. Erforderlich ist aber, daß die Eintragung wie bezw. der Beginn der Geschäfte dem Willen der sich hierdurch als o. Hg. kundgebenden Personen entspricht und daß die in dieser Kundgebung liegende Willenserklärung rechtsgültig ist. — Die Bedeutung der nach Art. 110 entscheidenden Thatsachen besteht darin, daß die G. sich nach Außen bethätigt; auf dieser Bethätignng beruht ebensowohl die Möglichkeit, daß dritte Personen Rechte gegen die G. erlangen wie die eines Rechtserwerbs für die G. Dritten gegenüber; R 7. 111 (430); Cl. u. A. 3. 430. Nach Preuß. L.R. II. 8. 625 f. konnte die nicht gehörig kundgemachte G. sich nicht „der Rechte einer H.societät" gegen einen Dritten bedienen, wurde aber durch die inzwischen vorgenommenen Geschäfte selbst Dritten gegenüber verpflichtet. Vgl. dazu Bu. 3. 371. — Ueber die Existenz einer auswärtigen Hg. entscheidet das am Ort ihrer Hauptniederlassung geltende Recht, R 15. 120 (426).

[3]) Art. 110 Abs. 2. Melden die G.er die o. Hg. für einen späteren Anfangstermin an, so ist die Anmeldung zurückzuweisen oder die Eintragung erst mit dem Eintritt dieses Termins vorzunehmen. Geschieht aber die Eintragung sofort, so wirkt die Abrede nur als Internum unter den G.ern, nicht Dritten gegenüber, v. Hahn zu d. Art. Insoweit erleidet der Anm. 2 erwähnte Grundsatz, daß die Eintragung dem in der Anmeldung sich kundgebenden Willen der G.er entsprechen müsse, eine Modifikation. — Die Abrede des späteren Beginnes ist Dritten gegenüber auch dann unwirksam, wenn sie Kenntniß von derselben hatten; unrichtig v. Kräwel a. a. O.

[4]) Oben S. 240 Anm. 60.

[5]) Uebereinstimmend v. Hahn § 4, gegen den v. Kräwel a. a. O. und Bu. 5. 99 ohne Grund polemisirt. Lastig fordert statt eines im Namen ein für Rechnung der G. geschlossenes Geschäfte. Im Einklang mit der obigen Auffassung stehen R 1. 74 (258); 12. 115 (409); 22. 45 (201). — Anwendbarkeit des Art. 110 auf die das Geschäft des Erblassers fortsetzenden Erben? Bu. 10. 73 (Voigtel); Z 11. 526; oben § 61 Anm. 3, neuerdings auch R.civ. 10. 27 (101).

Digitized by Google

dern kann auch ein bloßes Vorbereitungsgeschäft sein.[6]) Wird die Absicht des Geschäftsbeginnes von sämmtlichen Gesellschaftern oder doch mit deren Zustimmung durch allgemeine an das Publikum gerichtete Erklärungen kundgegeben, so tritt die Gesellschaft unmittelbar mit dieser Kundgebung ins Leben, ohne daß der Abschluß eines einzelnen Geschäftes erforderlich ist.[7])

Zusatz. I. In Betreff der fremden Gesetzgebungen ist zu vergleichen, was oben S. 242 und 464 ff. über die Folgen nicht gehöriger Veröffentlichung der G.verträge bemerkt worden ist. Nach franz., belg., ital., span. und port. Recht kann ein Mangel in Bezug auf die Form der Errichtung und Veröffentlichung Dritten nicht entgegengesetzt werden; das neue ital. G.B. bestimmt überdies, daß alle diejenigen, die namens einer nicht gehörig errichteten G. handeln, persönlich und solidarisch haftbar werden (Art. 98). Nach holländ. R. gilt die G. Mangels gehöriger Veröffentlichung Dritten gegenüber als unbeschränkt in Bezug auf den Gegenstand und die Zeitdauer wie auf die Vertretungsbefugniß der Gesellschafter (Art. 29). Alle diese Wirkungen setzen aber voraus, daß die G. sich nach Außen durch den Abschluß von Rechtsgeschäften bethätigt; vgl. über das franz. Recht R 15. 120 (420), auch Bu. 38. 5. — Ganz mit H.G.B. 110 stimmt überein Ungarn 87, während Schweiz 553[3] auch die Eintragung der G. mit einem späteren Zeitpunkt des Beginnes zuläßt (Fick und Schneider Komm. zu d. Art). Eine dem Art. 110[2] entsprechende Bestimmung fehlt. Daß aber die G. jedenfalls mit dem Geschäftsbeginn, bezw. dem Akt des Etablissements Dritten gegenüber ins Leben tritt, ist nach Art. 552 nicht zu bezweifeln.

II. Entwürfe. Oben S. 247, 466 ff. Hinzuzufügen ist: Auch nach Pr 92 f. kann ein Mangel in der Form der Errichtung Dritten nicht entgegengesetzt werden. Soll die G. mit einem späteren Zeitpunkt als dem der Vertragserrichtung ihren Anfang nehmen, so ist Eintragung erforderlich, sonst steht die „Beschränkung des G.vertrages" Dritten nur entgegen, wenn sie ihnen anderweit

---

[6]) R 1. 36 (129); 12. 115 (406); Cl. u. A. 2. 181; Z 11. 545; 15. 227; Bu. 6. 35; 7. 184, 186; 12. 3; 13. 182; 18. 154.

[7]) Etablissement S. 96, 100. Im Ganzen übereinstimmend v. Hahn § 6; auch Bu. 3. 371. Unrichtig ist es, wenn man außer den obigen Thatsachen noch ein im Namen der G. geschlossenes Geschäft für erforderlich erachtet, so R 12. 115 (410 f.); 13. 120 (375). Wie der Einzelkaufmann, so kann sich auch die o. Hg. durch dem Publikum gegenüber abgegebene Erklärungen etabliren und damit zur äußeren Existenz gelangen. Rechte und Verbindlichkeiten der G. werden zwar regelmäßig erst die Folge von Namens der G. abgeschlossenen Rechtsgeschäften sein; indeß trifft dies doch nicht unter allen Umständen zu. Verpflichtungen der G. durch negotiorum gestio oder in Folge von Einwirkungen, die von einem der G. gehörigen Grundstücke ausgehen (unten § 73[17]), sind denkbar, ehe noch ein einziges Geschäft namens der G. geschlossen ist. — Von einem ganz anderen Gesichtspunkt aus als durch Art. 110 ist die Haftung dessen, der sich fälschlich als Mitglied einer o. Hg. Dritten gegenüber bezeichnet, zu begründen. Hier ist die R 13. 120 herangezogenen Analogie des Art. 55 gerechtfertigt.

Digitized by Google

bekannt war, Pr 94. — E. I, II 109 stimmen wörtlich mit dem H.G.B. überein. Ein Antrag, die Vorschriften der österr. Entw. (Om 79, Or 81) aufzunehmen, nach denen den H.gen vor der Protokollirung der Geschäftsbetrieb sowie jede hierauf bezügliche Veröffentlichung untersagt war, wurde von der R.C. abgelehnt, Prot. 173, 175, 1000, 4520.

§ 72.

b. Vertretung.[1])

Die Vertretung der offenen Handelsgesellschaft steht in erster Linie den Gesellschaftern zu;[2]) jeder Gesellschafter ist „geborener" Vertreter der Gesellschaft.[3]) Die Vertretungsbefugniß beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft nach außen in's Leben tritt;[4]) sie dauert fort, so lange dieselbe Dritten gegenüber als existent gilt.[5]) Dem Umfang nach ist die Vertretungsbefugniß der Gesellschafter völlig unbeschränkt, weder beschränkt auf den gewöhnlichen Bereich der Gesellschaftsgeschäfte, noch auf Handelsgeschäfte überhaupt.[6])

---

[1]) Bender § 146, 149; Heise S. 53, 55 f.; Morstadt S. 64 f.; Treitschke § 59—61; Brinckmann § 38; Fischer-Ellinger § 100, 110; Thöl § 96; Endemann § 37; Auerbach Handelsges. S. 119 ff.; Gesellschaftsw. S. 28, 45; Laftig in Endem. Handb. I § 91 f.; Renaud K.G. § 52—54, 56; Laband Z 10. 218 f. — Fremde Liter. s. Zus.

[2]) Art. 114 [1]. — Ueber die Herleitung der den G.ern zustehenden Vertretungsbefugniß aus einer wechselseitigen praepositio institoria oben S. 459 f. — Vgl. über das frühere Recht noch Pr. L.R. II. 8. 633—35, 647 und I. 17. 210, 231; österr. B.G.B. 1190, 1201; Thöl ausgewählte Entsch.gr. S. 25 f.; Z. 1. 163, 165; R.civ. 2. 16 (51); Bu. 41. 201. Bürgerliches Recht nach dem H.G.B. sächs. Ges.B. 1378 (Dresd. Entw. 794).

[3]) R. civ. 2. 10 (32). Minderjähriger G.er als Vertreter der G. Bu. 41. 306. Ueber die Befugniß zur Vertretung ausländischer H.gesellschaften entscheidet das am Ort ihres Sitzes geltende Recht R 2. 6 (41); 15. 120 (426), falls sie nicht im Inland eine Zweigniederlassung errichtet haben. — Das H.G.B. kennt in G.angelegenheiten Dritten gegenüber nur eine Vertretung der G., d. h. der Gesammtheit der G.er in ihrer Vereinigung, keine Vertretung der einzelnen G.er als solcher; R.civ. 2. 10.

[4]) R. 12. 115 (412), oben § 71. Mit dem Augenblick, in welchem die G. zu äußerer Existenz gelangt, entsteht die Vertretungsbefugniß der G.er, auch wenn dieselbe noch nicht in das H.register eingetragen ist, R 2. 6 (41); 15. 7 (22); Bu. 17. 208; unzutreffend Cl. und A. 4. 632.

[5]) Nicht über diesen Zeitpunkt hinaus Z 7. 581. Insbesondere nicht, wenn die G. in das Liquidationsstadium getreten ist, R 5. 90 (398); Bu. 16. 86.

[6]) Die Beschränkung auf Handelsgeschäfte ist erst in 3. Lesung beseitigt, Prot. 4634 f. Zur Kasuistik R.civ. 2. 16 (52); R 1. 18 (64); Bu. 16. 165, auch Anm. 8 ff. Anmeldung von Waarenzeichen durch einen zur Vertretung befugten G.er Johow u. Küntzel Jahrb. f. Entsch. d. preuß. App.gerichte

Digitized by Google

Insbesondere sind die Gesellschafter auch befugt, die der Gesellschaft gehörigen Grundstücke zu veräußern und zu belasten.[7])

Einschränkungen der gesetzlichen Vertretungsbefugniß sind unzulässig[8]) und können auch dem wissenden Dritten nicht entgegengesetzt werden.[9]) Nicht ausgeschlossen ist die Einrede des Dolus, falls der

---

Bd. 5 Nr. 7. Processualische Vertretung unten § 74. Abschluß von Schiedsverträgen Bu. 11. 242; Z 15. 248, Pard. IV No. 1014. Liberatorische Rechtsgeschäfte Bu. 16. 185; 17. 208. Kenntniß von Thatsachen seitens eines von der Vertretung nicht ausgeschlossenen G.ers werden der G. zugerechnet, Bu. 39. 320, oben S. 354. — Trotz der völlig schrankenlosen Fassung des Art. 114 ist aber die Vertretungsbefugniß des o. H.g.ers nicht auf Handlungen auszudehnen, bei denen sich der Dritte von vorn herein sagen muß, daß sie unmöglich dem Betrieb des G.geschäfts dienen können, wie z. B. Liberalitäten, die außer Zusammenhang mit dem G.geschäft stehen; Verkauf des G.geschäfts, R 25. 83 (349); auch oben § 52 Anm. 12; R 23. 7 (28). Die Vertretungsbefugniß bezieht sich überdies nur auf Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die im Namen der G. vorzunehmen sind; der Antrag auf Eröffnung des G.konkurses ist eben so wenig eine Vertretungshandlung wie ein Akt der Geschäftsführung, sondern, wenn er von den G.ern ausgeht, eine Handlung der persönlich haftenden G.er als solcher, oben § 69 Anm. 15; R 12. 115 (412).

[7]) Bestimmungen der E.gesetze über die Legitimation der zur Vertretung der G. befugten G.er beim Grundbuch v. Salpius S. 132 ff., v. Hahn zu Art. 111 § 5; Anschütz Komm. II S. 236 f.; Noack Bu. 4 zu 196 ff., bes. S. 212 ff.; Keyßner Bu 11 S. 189 ff.; Dernburg u. Hinrichs I S. 330 f. Die Befugniß zur Veräußerung und Belastung erstreckt sich nur auf die „der G. gehörenden" Grundstücke; die Fassung soll außer Zweifel stellen, daß sie nicht auf die lediglich quoad usum eingebrachten Grundstücke Anwendung findet, Prot. 4668 f.

[8]) Art. 116. Ausdrücklich wird, wie im Art. 43 für unstatthaft erklärt, die Beschränkung, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden solle. Vgl. oben S. 364 f. In E.II 115 war auch die Beschränkung auf einen gewissen Geschäftszweig als unstatthaft bezeichnet. Dies wurde gestrichen, weil danach angenommen werden könnte, daß, wenn eine G. mehrere Etablissements unter verschiedenen Firmen besitze, der G.er auch nicht in der Weise beschränkt werden dürfe, daß ihm nur diese oder jene Firma zu zeichnen gestattet werde, was nicht beabsichtigt sei, Prot. 4528. — Unzulässige Beschränkungen Bu. 9. 454; 31. 293; Cl. und A. 3. 272.

[9]) Vgl. u. a. R 2. 6 (41); 5. 71 (314); 6. 27 (139); 15. 7 (21); R.civ. 2. 10 (30); 2. 16 (52) Cl. u. A. 4. 611; Bu. 16. 185; 27. 63. Das innere Verhältniß (Befugniß zur Geschäftsführung oben § 69) ist für den Dritten gleichgültig, selbst wenn ihm dasselbe bekannt ist; a. M. v. Kräwel Bu. 4. 27. Daher ist konsequenter Weise in 3 Les. auch die Wirkung eines die einzelne Handlung inhibirenden Einspruches oder G.beschlusses Dritten gegenüber beseitigt

Digitized by Google

Dritte mit dem Gesellschafter zum Nachtheil der Gesellschaft kolludirt. Indeß liegt eine solche Kollusion nicht schon darin, daß der Gesellschafter mit Wissen des Dritten Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens in seinem Privatinteresse verwendet. [10])

Statthaft ist die gänzliche Ausschließung eines oder mehrerer Gesellschafter von der Vertretungsbefugniß, [11]) ebenso die Anordnung einer Kollektivvertretung. [12]) Derartige Bestimmungen können indeß, sofern sie nicht bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten sind, [13]) nur mit Einwilligung sämmtlicher Gesellschafter [14]) oder im Wege der

---

worden, Zusatz I; v. Hahn zu Art. 116 § 3. Die Unbeschränktheit der Vertretungsbefugniß besteht aber nur gegenüber Dritten, nicht gegenüber den G.ern als Gläubigern und Schuldnern der G., unten § 77.

[10]) Voraussetzungen der Kollusion oben § 52 Anm. 15; Roemer A.G. S. 153 [5]; v. Hahn Z 23, 641; Komm. S. 387 § 26 und zu Art. 116 § 7 (3. Aufl.) — Vgl. R 5. 64 (295); 6. 27 (139); 7. 104 (403); 9. 117 (432); 15. 7 (22); R.civ. 9. 34 (148); Bu 36. 198. — Die obige Auffassung ist auch vom franz. Kassationshof anerkannt, begegnet aber in der franz. Rechtsliteratur vielfacher Anfechtung, Zusatz S. 514.

[11]) Art. 86 [4], 115. Der Ausschließung steht die nachträgliche Aufhebung der Vertretungsbefugniß gleich, Art. 87. Beweislast, wenn streitig ist, ob eine Vertretungshandlung vor oder nach Aufhebung der Vertretungsbefugniß vorgenommen ist, Seu. 31. 273. Statthaft ist auch der Ausschluß sämmtlicher G.er von der Vertretung, mit Unrecht verneinend A G. Köln Bu. 1. 227. In diesem Fall ist ein Handeln namens der G. nur durch sämmtliche G.er oder vermittelst eines Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten möglich, Bu. 1. 149 (Weinhagen), 156 (Busch); v. Hahn zu Art. 115 § 7; Anschütz Komm. II S. 88; Renaud K.G. S 358 ff.

[12]) Art. 86 [4]. Unterschied von der kollektiven Geschäftsführung Cl. u. A 3. 272, oben S. 489. Die Anordnung einer Kollektivvertretung ist gleichbedeutend „mit dem Ausschluß der in der Kollektivvertretung begriffenen G.er von der Befugniß, die G. allein zu vertreten", v. Hahn S. 416 f. Befugniß zur Einzelvertretung ist, wenn Kollektivvertretung angeordnet ist, auch bei Gefahr im Verzuge nicht vorhanden; v. Hahn S. 417 [7], anders derselbe in 1. Aufl, Bu. 18. 130; Renaud S. 372. Die Bethätigung der Kollektivvertretung setzt nicht nothwendig gleichzeitiges Handeln sämmtlicher vertretender Gesellschafter voraus, R. civ. 5. 5 (17). Kollektivvertretung im Proceß § 74. Kollektivvertretung in der Weise, daß ein G.er gemeinschaftlich mit einem Prokuristen zur Vertretung befugt sein soll oben S. 369 [34]; dazu für die Statthaftigkeit Renaud K.G. S. 364, gegen dieselbe v. Hahn zu Art. 115 § 10; Anschütz Komm. II S. 207 f.

[13]) Die Bestimmung, daß nur einer oder mehrere G.er zur Vertretung der G. befugt sein sollen, gilt als Ausschluß der übrigen, Art. 86 [4]. Es muß aber deutlich erhellen, daß die Bezeichnung der namhaft gemachten G.er eine ausschließliche sein soll; Bu. 9. 453.

[14]) Die Abweichungen von der gesetzlichen Regel (Ausschließung von der

Digitized by Google

einstweiligen Verfügung[15]) getroffen werden. In beiden Fällen bedarf es der Eintragung in das Handelsregister.[16]) Die Wirkung Dritten gegenüber bemißt sich nach den oben § 39 (S. 238 f.) in Betreff der befreienden Thatsachen dargelegten Grundsätzen.[17])

Allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend ist die Wirkung der Stellvertretung nicht dadurch bedingt, daß ausdrücklich im Namen der Gesellschaft gehandelt ist;[18]) es genügt, wenn das Geschäft nach dem Willen der Betheiligten für dieselbe geschlossen worden ist,[18a])

Vertretungsbefugniß, Kollektivvertretung) können, wie sie einen einstimmigen Beschluß sämmtlicher G.er voraussetzen, auch nur mit Zustimmung sämmtlicher G.er wieder aufgehoben werden. Dazu ist indeß nicht unbedingt eine ausdrückliche Erklärung nöthig, es genügt, wenn der von der Vertretung (oder der Einzelvertretung) ausgeschlossene G.er im Namen der G. handelt und aus den Umständen hervorgeht, daß die übrigen ihn, und zwar nicht blos im einzelnen Fall, als Vertreter der G. anerkennen. Einen derartigen Fall behandelt R.civ. 5. 5 (16).

[15]) Eine der Enthebung von der Geschäftsführung (oben S. 489 f) an die Seite zu stellende Entziehung der Vertretungsbefugniß durch den Richter aus wichtigen Gründen kennt das H.G.B. nicht, daher giebt es auch keine Klage auf Ausschließung von der Vertretung, Bu. 15. 107; Z 15. 221; anders Bu 9. 129; Z 11. 543; Renaud S. 362. — Von der R.C. wurde der Antrag, daß der G.er, gegen welchen die Klage auf Ausschließung von der G. angestellt worden, vom Tage der Behändigung unfähig sein solle, im Namen der G. zu handeln, mit Rücksicht auf die Möglichkeit provisorischer Verfügungen abgelehnt, Prot. 242 f. Ueber letztere oben S. 234 Anm. 34. — Bestellung eines Sequesters für eine o. Hg. R 16. 21. (72).

[16]) Art. 86[4], 87—89; dazu oben S. 464; Anschütz Bu. 10. 88 ff., der richtig hervorhebt, daß wenn sämmtliche G.er zur Vertretung befugt sind, kein Vermerk hierüber im H.register zu machen ist. Ebenso Ungarn 65[4], Schweiz 553[4], Holland 26[3], Port. 598. Dagegen verlangen stets die Namhaftmachung der zur Vertretung ermächtigten G.er Co. 43 sowie das franz. Gesetz von 1867 art. 57, Spanien 290; Belgien 7; Italien 88, 90; früher Preuß. L.R. II. 8 § 620.

[17]) Dritte dürfen von der gesetzlichen Regel ausgehen, so lange die Ausschließung von der Vertretung oder die Anordnung einer Kollektivvertretung ihnen nicht bekannt oder in das H.register eingetragen ist, R 15. 7 (21). 22. 12 (60). Auch bei der Vertretung vor Gericht bedarf es keines Nachweises für das Zutreffen der gesetzlichen Regel; unrichtig Bu. 8. 150. Vgl. § 74 Anm. 5.

[18]) Eine ausdrücklich im Namen der G. eingegangene Verbindlichkeit begründet außer im Fall der Kollusion (oben Anm. 10) stets eine Schuld der G., allein auch dieser Grundsatz gilt nur für das Verhältniß der G. zu Dritten, nicht für das Verhältniß der G.er zu einander; daher ist die Kritik v. Krämel's Bu. 34. 210 gegen die Entsch. R 18. 29 (71) durchaus berechtigt.

[18a]) Art. 114[2]. Oben § 49 S. 345 f. Die ältere Doktrin behandelt die

Digitized by Google

sofern nicht, wie bei der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, der Gebrauch der Gesellschaftsfirma durch die formale Natur des Geschäfts geboten ist.[19])

Daß der Gesellschafter der Gesellschaftsfirma seinen Personennamen beifüge, schreibt das Gesetz auch nicht einmal (wie beim Pro-

---

Fälle, in welchen die Verbindlichkeiten nicht ausdrücklich im Namen der G. eingegangen sind, nicht gleichmäßig. Eine wesentlich mit dem H.G.B. übereinstimmende Auffassung bei Casaregis disc. leg. 39 no. 13: Socius socium non obligat nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale vel saltem ex facti circumstantiis aut subjecta materia illud argui potuerit. Dagegen neigen sich die Decis. rot. Gen. 14 no. 94, 96 der strengeren Auffassung zu, die in dem zuletzt gedachten Fall das Geschäft stets als im Namen des handelnden G.ers geschlossen ansah. Vermittelnd Ansald. discurs. 46 no 15 s., der, wenn das Geschäft nicht ausdrücklich unter der G.firma eingegangen ist, für den Abschluß im Namen des handelnden G.ers vermuthet. Vgl. auch Endemann, Studien I S. 399. Einen prägnanten Ausdruck fand die strengere Ansicht in der Ord. du comm. tit. 4 art. 7: Die G.er haften solidarisch für die durch Unterschrift eines einzigen eingegangenen Verbindlichkeiten au cas qu'il ait signé pour la compagnie et non autrement. Co. 22 verlangt zwar ebenfalls, daß die Verbindlichkeit unter der G.firma eingegangen sei (pourvu que ce soit sous la raison sociale), läßt aber die gesperrten Worte fort. Die franz. Jurisprudenz findet hierin eine Anerkennung der von Casaregis vertretenen freieren Ansicht. — Uebereinstimmend mit dem franz. Recht Belgien 17. — Nach Holland 17 ist erforderlich, daß im Namen der G. gehandelt sei; Holtius bl. 107 verlangt Gebrauch der G.firma; dagegen Kist III bl. 262 v., die aber beide nicht hierher gehörige Gesichtspunkte einmischen. Spanien 267 will, daß die Handlungen „im Namen und für Rechnung der G. unter der Firma derselben" (a nombre y por cuenta de la sociedad bajo la firma que esta tenga) vorgenommen seien. Diese wenig elegante Fassung ist wörtlich in das neue ital. H.G.B. 106 übergegangen, während der entsprechende Art. 114[1] des früheren G.B.'s sich an den Co anschloß. Infolge dessen hält Vidari (il nuovo cod. p. 80) gegenwärtig den Gebrauch der Firma für erforderlich. Anders für das ältere Recht corso III. 823. Auch nach portug. Recht ist der Gebrauch der G.firma bei schriftlichen Verpflichtungen nothwendig, Port. 549, 553. — Mit dem H.G.B. übereinstimmend Schweiz 563, Ungarn 90[3] und die Entwürfe, vgl. Mot. zu W S. 192; zu Er S. 112; zu Pr S. 62.

[19]) Eine nicht unter der G.firma abgegebene Wechselerklärung begründet keine Verbindlichkeit der G., und zwar muß die Firma der G. als solche, nicht blos als Zusatz zu dem Personennamen eines G.ers („Heinrich Br., in Firma Br. und L.") gezeichnet sein. Ebenso erwirbt die G. kein Wechselrecht, wenn ein G.er persönlich als Remittent oder Indossatar auf dem W. genannt ist. Wird ein auf die G. gezogener W. von einem G.er persönlich akzeptirt, so liegt Akzept eines Nichtbezogenen vor, R 12. 59 (172); 14. 57 (173); 14. 67 (201); 20. 70 (263); Bu. 16. 165; 17. 206. Nicht auf die Wechselverpflichtung, sondern auf die Verpflichtung aus dem der Wechselziehung zu Grunde liegenden Geschäft be-

Digitized by Google

kuristen und Handlungsbevollmächtigten) instruktionell vor.[20]) Ein derartiges Erforderniß besteht auch nicht für den Fall der Kollektivvertretung, daher sind Anordnungen der Gesellschaftsverträge, welche zur Gültigkeit der Firmenzeichnung die Unterschriften mehrerer Gesellschafter verlangen, als unzulässige Beschränkungen der Vertretungsbefugniß Dritten gegenüber für unwirksam zu erachten.[21])

Ergiebt sich die Beziehung des Geschäfts auf die Gesellschaft nicht aus ausdrücklichen Erklärungen, so muß aus den Umständen des Falles ersichtlich sein, daß sie der übereinstimmenden Absicht der Betheiligten entspricht.[22]) Eine Rechtsvermuthung hierfür giebt es nicht; insbesondere ist eine solche nicht aus der Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters (Art. 274) herzuleiten.[23])

Außer den Gesellschaftern können auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte für die Gesellschaft auftreten. Ertheilung und Aufhebung der Prokura fallen, was die Wirkung nach außen anlangt, in den Bereich der Vertretungbefugniß. Daher kann durch

---

zieht sich R 22. 12 (60). Ueber den Einfluß, den Ungenauigkeiten in Wiedergabe der Firma haben, vgl. außer den angeff. Entsch. Z 15. 230; Cl. u. A. 4. 687; auch oben § 40 Anm. 68. — Nicht beeinträchtigt wird die Wirkung einer unter der G.firma eingegangenen Wechselverbindlichkeit dadurch, daß die Firma mit dem Personennamen eines G.ers gleichlautend ist. Die Entsch. Z 7. 483, welche in diesem Fall eine Haftung deswegen nicht annimmt, weil die Erklärung in der Einzahl gefaßt war, ist nicht gerechtfertigt. — Die franz. Jurisprudenz folgert aus der Fassung von Co. 22, daß auch Wechselverbindlichkeiten, die nicht unter der G.firma, aber für die G. eingegangen sind, zu den G.schulden gehören.

[20]) Art. 88² schreibt nur vor, daß die vertretenden G.er die Firma nebst ihrer Namensunterschrift vor dem Registerrichter zeichnen oder in beglaubigter Form bei demselben einreichen sollen. Oben S. 236, 255, 367, 374.

[21]) Bu. 17. 203; Z 15. 228; 22. 301 (O.Tr. Berlin). Demnach ist auch die von einem der gemeinschaftlich zur Vertretung befugten G.er unter der G.firma abgegebene Wechselunterschrift, wenn sie mit Zustimmung der übrigen erfolgt ist, für die G. verbindlich. Die Zustimmung braucht nicht aus dem Wechsel selbst hervorzugehen. Gegen die im Text vertretene Ansicht Fleischauer bei Gruchot 13 S. 447 ff.; auch Bu. 2. 145, 171; dafür Keyßner Z 14. 449.

[22]) R 13. 95 (287); 15. 7 (19); 16. 89 (356); 18. 81 (296); 22. 12 (60); Cl. und A. 3. 327; Z 1. 163; 7. 483; 8. 575 f.; 15. 230; Bu. 5. 15 (Lesse); 14. 411; 19. 44; 23. 414.

[23]) Oben S. 105; S. 137 Anm. 5; R 13. 95 (287); 14. 70 (209); 16. 95 (380); 18. 60 (226). — Ebensowenig besteht aber auch eine Präsumtion in entgegengesetzter Richtung, wie einzelne der Anm. 22 angef. Entsch. annehmen. Dagegen trifft nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Denjenigen, der aus einer Handlung Rechte für oder gegen die G. herleiten will, die Beweislast, daß die Handlung im Namen oder nach dem Willen der Betheiligten für die G. vorgenommen ist.

Digitized by Google

die Ernennung seitens eines einzigen zur Vertretung befugten Gesellschafters die Stellung eines Gesellschaftsprokuristen begründet werden,[24]) wie anderseits jeder vertretende Gesellschafter die ertheilte Prokura widerrufen kann.[25]) Im Fall der Kollektivvertretung müssen sämmtliche mit derselben betraute Gesellschafter sowohl bei der Ernennung wie bei der Abberufung der Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten mitwirken.[26])

Zu Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft können auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter ernannt werden.[27])

Wenn die Voraussetzungen der Stellvertretung vorhanden sind, wird die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet.[28])

Zusatz. I. Die Unbeschränkbarkeit der den G.ern zustehenden Vertretungs-

[24]) Art. 118; dazu und über den Gegensatz zu dem auf das innere Verhältniß sich beziehenden Art. 104 oben S. 491 f.; v. Hahn zu beiden Artt.; v. Kräwel Bu. 4. 36 (nur theilweis richtig). Die Anmeldung der Prokura zum Handelsregister ist ein Akt der Vertretung, nicht der Geschäftsführung, daher kann sie durch einen der zur Vertretung befugten G.er geschehen; der Registerrichter kann nicht verlangen, daß ihm die Zustimmung der übrigen G.er dargethan werde; unrichtig Bu. 21. 526; Cl. u. A. 4. 761.

[25]) Nicht im Widerspruch mit der Widerruflichkeit durch den einzelnen G.er steht ein Abkommen, welches die G.er unter sich über die Bestellung oder Belassung eines Prokuristen treffen, R.civ. 2. 10 (331), oben S. 350 Anm. 21.

[26]) Uebereinstimmend v. Hahn, abweichend in Bezug auf den Widerruf von Kräwel a. a. O.; Cl. u. A. 2. 223. — Von dem Erforderniß des Zusammenwirkens findet auch hier bei Gefahr im Verzug keine Ausnahme statt, da Art. 104, der in diesem Fall für die Ernennung des Prokuristen von der Uebereinstimmung der geschäftsführenden G.er dispensirt, oben S. 491 nicht auf das äußere Verhältniß anwendbar ist, v. Hahn S. 425 Anm. 2 (3. Aufl.).

[27]) Renaud S. 282; Bu. 6. 180; 8. 403 (Puchelt); a. M. Bu. 1. 147 (v. Völdernd.), ich selbst Z 28. 430. Das Argument gegen die Zulässigkeit, welches aus dem Widerspruch gegen die Unbeschränkbarkeit der den G.ern gesetzlich zustehenden Vertretungsbefugniß zu entnehmen ist, würde indeß, wie ich bei nochmaliger Erwägung anerkennen muß, höchstens de lege ferenda geltend zumachen sein.

[28]) Hat der G.er in eigenem Namen gehandelt, so entstehen Rechte und Verbindlichkeiten nur zwischen ihm und dem Dritten. Durch das dem Art. 114 zu Grunde liegende Prinzip sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts beseitigt, die in solchen Fällen Klagen für und gegen den Dritten zulassen, oben S. 346[7]; Hamburg. E.G. § 19. Bereicherungsklage R 7. 111 (429). Der Mangel der Vertretungsbefugniß kann geheilt werden, wenn das Geschäft seitens der G. ratihabirt wird, oben § 50. Wer ohne Vertretungsbefugniß zu haben, namens einer o. Hg. auftritt, sei es in der Eigenschaft eines G.ers oder in der eines Prokuristen oder H.bevollmächtigten, haftet dem Dritten nach Art 55, R.civ. 6. 60 (214).

Digitized by Google

befugniß findet sich außer dem D.H.G.B. nur in Ungarn, dessen § 90—94 inhaltlich ganz mit dem H.G.B. (114—118) übereinstimmen. Alle anderen hier zur Vergleichung herangezogenen Gesetzgebungen bestimmen den Umfang der Vertretungsbefugniß nur präsumtiv, aber auch dieser präsumtive Inhalt der Ermächtigung reicht nicht so weit als nach dem H.G.B. In den meisten fremden Gesetzgebungen fehlt überdies eine scharfe Scheidung zwischen der Sphäre der Geschäftsführung und der Vertretung. Oben S. 488 Anm. 2. Im Einzelnen: Frankreich. Co. 22 und die oben S. 493 angef. Artt. des Code civ.; Pard IV. no. 1013—1018, 1021 (p. 157); Massé III no. 1952 s., 1957 ss.; Brav. Veyr. I p. 200 s.; Bédarr. sociétés I no. 141 ss., 149 ss; Lyon no. 321 s., 324 s., 327 ss.; auch Namur II no. 880 ss. — Vertretungsbefugniß haben alle G.er, denen gestion zusteht, d. h. wenn nicht besondere Geranten ernannt sind, sämmtliche G.er. Der Umfang der Vertretungsbefugniß ergiebt sich aus der Beschaffenheit des gesellschaftlichen Unternehmens; die gerirenden G.er sind zu allen Handlungen ermächtigt, die der Zweck der G. mit sich bringt; insbesondere auch zur Prozeßführung, zum Abschluß von Vergleichen und Schiedsverträgen. Veräußerung oder Verpfändung von Immobilien steht ihnen regelmäßig nicht zu. Statthaft ist nach der von der Mehrzahl der Schriftsteller angenommenen, obwohl nicht unbestrittenen Ansicht nicht blos der Ausschluß einzelner G.er von der Vertretungsbefugniß, sowie die Anordnung einer Kollektivvertretung, sondern auch eine Einschränkung des Umfangs der Ermächtigung. Dritten gegenüber aber sind derartige Maßgaben nur dann wirksam, wenn sie gehörig, d. h. in den für G.verträge vorgeschriebenen Formen publicirt oder ihnen anderweit bekannt geworden sind. Auch der berechtigte Einspruch eines G.ers gegen die Vornahme einer Handlung (oben S 493) wirkt gegen Dritte, wenn er denselben kundgegeben ist. Hat der G.er sich mit Wissen des Dritten eines Mißbrauches des G.vermögens oder der G.firma schuldig gemacht, so erlangt der Dritte keinen Anspruch gegen die G. Indeß erblickt der Kassationshof darin, daß der G.er Behufs Deckung von Privatschulden Verpflichtungen unter der Societätsfirma eingeht, auch wenn der Dritte Kenntniß hiervon hat, noch keine genügende Substantiirung des dolus. Dagegen Bédarr. 159 s.; Brav. a. a. O. Uebereinstimmend mit dem franz. Recht Belgien 13, 17. Dazu Namur a. a. O. — Holland 17: Der nicht von der Vertretung ausgeschlossene G.er ist befugt, im Namen der G. zu handeln, Zahlungen für sie zu leisten und zu empfangen, Verbindlichkeiten zwischen ihr und Dritten zu begründen. — Die Bestimmung findet keine Anwendung auf Handlungen, die nicht zu den G.angelegenheiten gehören oder hinsichtlich deren die Vertretungsbefugniß eingeschränkt ist. Die Doktrin gelangt auf Grund dieser Vorschrift zu denselben Ergebnissen, wie das franz. Recht, Holtius I bl. 106 v.; de Wal I bl. 92 v.; Kist III bl. 261 v. — Spanien 267, 268, 304. Ausdrücklich für unwirksam erklärt ist die Ausschließung von der Vertretung falls die ausgeschlossenen G.er in der G.firma genannt sind. Sonst wie franz Recht. — Portugal 549, 550, 553, 555. Im Zweifel ist jeder G.er zur Führung der G firma befugt Wie nach span. Recht ist die Ausschließung der in der Firma benannten G.er unwirksam. — Einschränkungen und Bedingungen hinsichtlich der Befugniß zur Geschäftsführung, die im G.vertrag enthalten sind, wirken nicht Dritten gegenüber (auch wenn sie gehörig publizirt sind?). Für alle von der G. ausgehende Schriftstücke ist Gebrauch der G.firma vorge-

Digitized by Google

schrieben bei Verlust der Rechte gegen Dritte. — Italien 105, 107. Im Allgemeinen wird auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsführung (oben S. 493 f.) verwiesen. Speciell bestimmt ist, daß der G.er, der zur Führung der G.firma befugt ist, diese Befugniß nur dann auf Andere übertragen kann, wenn er im G vertrag hierzu besonders ermächtigt ist. Die Bestimmung bezieht sich aber nach Vidari il nuovo cod. p. 79 nur auf das innere Verhältniß, Dritten gegenüber muß auch im Fall unstatthafter Substitution die G. die Handlungen des Substituten anerkennen. — Schweiz 560—563. Die Vertretungsbefugniß der G.er erstreckt sich auf „alle Arten von Rechtshandlungen und Geschäften, welche der Zweck der G. mit sich bringen kann". Ertheilung der Prokura erfordert Zustimmung sämmtlicher zur Vertretung befugten G.er, während die Aufhebung von einem einzelnen ausgehen kann. Die Bestimmung bezieht sich nicht wie unser Art. 104 blos auf das innere Verhältniß der G., sondern wirkt auch nach Außen. Ausschließung von der Vertretungsbefugniß sowie Anordnung einer Kollektivvertretung wirken, wenn sie in das Handelsregister eingetragen sind, Dritten gegenüber vom Zeitpunkt der amtlichen Bekanntmachung an unbedingt, sonst nur, wenn sie Kenntniß von denselben hatten (Art. 562 ff.). Andere Einschränkungen werden nicht eingetragen, sind aber auch nur gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam. — Nach englischem Recht hat jeder partner Vertretungsbefugniß und ist kraft derselben zum Abschluß von Rechtsgeschäften in den Angelegenheiten der G. sowie zur Zeichnung von Wechseln oder sonstigen Handelspapieren (negotiable papers) ermächtigt. Dritte, die sich bona fide mit ihm einlassen, erlangen Rechte gegen die Gesellschaft. Eine Einschränkung oder Ausschließung der Vertretungsbefugniß gilt dritten Personen gegenüber nur, wenn sie Kenntniß hiervon haben. Näheres Smith p. 35 s., Levy intern. comm. law. I p. 72 s.

II. Entwürfe. Nach W 196—200 fällt die Vertretungsbefugniß mit der Befugniß zur Geschäftsführung zusammen (oben 494). Ueberschreitung der Befugnisse gilt unter denselben Voraussetzungen als genehmigt wie beim Handlungsverwalter, oben S. 390. — Er 7[b], 39 betrachtet die Vertretungsbefugniß der einzelnen G.er als Regel. Gänzlicher Ausschluß wie Einschränkungen sind statthaft, wirken aber Dritten gegenüber nur im Fall gehöriger Veröffentlichung oder wenn sie Kenntniß hiervon haben. Nicht verpflichtet wird die G., wenn das Geschäft ihr fremd ist. — Im Wesentlichen stimmt Pr 94, 114 hiermit überein. Ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Uebertragung die Vertretungsbefugniß an einen oder mehrere G.er einer Ausschließung der übrigen gleich steht. Der Fall eines der G. fremden Geschäfts wird nicht erwähnt, dagegen ist bestimmt, daß die G. nicht verpflichtet wird, wenn dem Dritten bekannt ist, daß der G.er dem berechtigten Einspruch eines anderen G.ers oder einem zuständigen G.beschluß zuwider handelt. — E I. 113—115 nähert sich mehr dem H.G.B. Im Anschluß an eine unserem Art. 114[2] entsprechende Bestimmung wird die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß „in Handelsgeschäften" ausgesprochen. Ausschließung wirkt Dritten gegenüber, wenn sie in das Handelsregister eingetragen oder den Betheiligten anderweit bekannt geworden ist. Wie nach Pr wird die G. nicht verpflichtet, wenn die Handlung dem berechtigten Einspruch eines G.ers oder einem zuständigen G.beschluß zuwiderläuft und die Dritten Kenntniß hiervon haben. In E. II 113—116 ist die zuletzt gedachte Bestimmung fortgefallen, dagegen sind

Digitized by Google

unserem Art. 115 und 118 entsprechende Bestimmungen eingeschaltet. Alle übrigen Veränderungen stammen erst aus 3. Les. — Im Einklang mit dem in Betreff der Faktoren angenommenen Grundsatz (oben S. 345[8], S. 391) lassen Pr 115, E. I 116; E. II 117 die G. für den Schaden haften, den ein G.er einem Dritten durch sein Verschulden zufügt. Auch diese Bestimmung ist erst in 3. Les. beseitigt. — Oesterr. Entwürfe Om 82. d. e, 85; Or 84. e. f, 87. — Prot. 174 f., 192, 210 f., 214—16. — 1003 f. — 4518 f., 4527 f., 4634—36, 4663—70, 5144. — Bestimmungen der fremden Gesetzgebungen und der Entwürfe über das Handeln „im Namen der G." oben Anm. 18 a.

§ 73.

c. Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

α. Haftung der Gesellschafter.[1])

Die Rechte, welche der Gesellschaft zustehen, sind, wie früher dargethan, Gesammtberechtigungen.[2]) Die Gesellschaft bildet eine Einheit, nicht in der Bedeutung einer juristischen Person, wohl aber im Sinn einer durch die Gesellschaftsfirma zum Ausdruck gebrachten Zusammenfassung der einzelnen Gesellschafter. Die Vereinigung ist Inhaberin des Gesellschaftsvermögens; sie wird Dritten gegenüber berechtigt, ohne daß den Gesellschaftern Antheile zustehen.[3]) Ebenso sind die Verbindlichkeiten der Gesellschaft Gesammtverpflichtungen. Auch hier haften nicht die einzelnen Gesellschafter nach Antheilen, sondern die Gesellschaft als Vereinigung wird von der Haftung betroffen.[4]) Während aber, soweit die Gesellschaft als Berechtigte in Betracht

[1]) Martens § 21; Heise S. 56 f.; Morstadt S. 64 f.; Bender § 150; Pöhls I § 97; Treitschke § 54—58, 62; Brinckmann § 38 S. 139 ff., § 45; Fischer-Ellinger § 111; Thöl § 96; Endemann § 34 f., 44; Auerbach H.gesetz S. 106 ff.; Gareis § 29 S. 137 ff.; Laſtig in Endem. Handb. I § 92; Renaud K.G. § 57, 27; Römer Abh. aus dem gem. R., dem H. und W.R. S. 149 ff.; Goldschmidt Z 27 S. 37 ff. — Fremde Literatur s. Zus.

[2]) Art. 111, dazu oben § 61 S. 437; § 62 S. 444 f., § 66 S. 469 f.

[3]) Die Bestimmung des k. sächsischen und einiger thüringischer E.Gesetze (v. Salpius S. 135 f), welche für den Fall, daß die G. als Eigenthümerin von Grundstücken oder als dinglich Berechtigte in das Grundbuch eingetragen wird, auch die Eintragung der einzelnen Gesellschafter gestatten, steht mit dem Princip des selbständigen im Gesammteigenthum der G.er befindlichen G.vermögens nicht im Widerspruch, wenngleich sie de lege ferenda keineswegs empfehlenswerth ist, Noack Bu. 4. 197 ff. Würde man einen solchen Widerspruch annehmen, so würde derselbe durch § 3 B 4 des Reichs-E.gesetzes nicht gedeckt sein.

[4]) Darin liegt ebenso wenig wie in der Annahme eines Gesammtrechts das Anerkenntniß einer juristischen Persönlichkeit der o. Hg. Die Alternative Römers a. a. O. S. 155: „Schuldner in der G.schuld ist, wenn man die juristische Persönlichkeit annimmt, die juristische Person, wenn nicht, sind Schuldner sämmtliche

Digitized by Google

kommt, nur ein Gesammtrecht vorhanden ist,[5]) besteht da, wo die Gesellschaft Trägerin von Verpflichtungen ist, neben der Gesammtverbindlichkeit die solidarische Haftung der einzelnen Gesellschafter.[6]) Diese Haftung, die das unterscheidende Merkmal der offenen Handelsgesellschaft bildet[7]), ist unbeschränkt[8]), d. h. sie ergreift die Person[9])

G.er" ist zwar, wörtlich genommen, nicht unrichtig, wohl aber in dem vom Verf. hiermit verbundenen Sinn, der der Gesammtverbindlichkeit nicht gerecht wird. Gegen diese Auffassung namentlich v. Hahn Z 23. 637 ff., auch Komm. zu Art. 112, 117 und Vorbem. S. 347 ff. Die selbstständige Bedeutung der Gesammtverbindlichkeit macht sich insbesondere dann geltend, wenn dieselben Personen verschiedene H.gen errichtet haben, Z 24. 47 (156), ein Fall, der auch von der älteren Jurisprudenz erörtert wird; vgl. z. B. Straccha de decoct. V. no. 43; Ansald disc. 4 no. 11 s.; Casaregis disc. 39 no. 18 ss. — Andere Konsequenzen unten § 74 ff.

[5]) Es ist nicht zutreffend, wenn man das Verhältniß der G.er in Bezug auf die der G. zustehenden Rechte, namentlich die G.forderungen als aktive Solidarität der passiven Solidarität gegenüber stellt; so die franz. Literatur Bédarr. 169. Die Rechte der G. stehen den einzelnen G.ern als solchen ebenso wenig ganz wie antheilsweise zu. Nur die zur Vertretung befugten G.er können im Namen der G. über dieselben verfügen, oben § 66 S. 470 f.; Römer S. 153[5], v. Hahn S. 388[16] (3. Aufl.), auch Z 23. 641; auch 15. 238. Dagegen erinnert das Verhältniß allerdings an die Korrealberechtigung des Preuß. Rechts, A.L.R. I. 5. § 450 ff.

[6]) Art. 112. In 1. Les. angenommen. Pr hatte die persönliche und solidarische Haftung der G.er im Anschluß an die Definition der o. Hg. (Pr 91) ausgesprochen. Ein die Einrede der Theilung und Vorausklage für unzulässig erklärender Zus. in E. I ist in Folge der Annahme unseres Art. 281[1] weggefallen. Prot. 161 ff.; 1002, 1419; auch oben S. 459[8].

[7]) Nicht die Solidarhaft an sich, wohl aber die Art, wie dieselbe normirt ist, d. h. die uneingeschränkte und unbeschränkbare prinzipale Solidarhaft ist der o. Hg. eigenthümlich. Keine o. Hg. ohne diese Haftung; andererseits findet sich dieselbe bei keiner anderen Hg. R.civ. 5. 13 (52). Ueber die Möglichkeit, G.en des bürgerlichen Rechts auf eine solche Haftung zu gründen, oben S. 454 ff. Zur Geschichte der Solidarhaft bei der o. Hg. oben S. 459 f. Zur Zeit der Einführung des H.G.B.s galt der Grundsatz der Solidarhaft „bereits im Gebiet des gemeinen Rechts als ein aus dem Wesen der o. Hg. hervorgegangenes und ihr nothwendiges H.gewohnheitsrecht", R 3. 86 (415); 5. 18 (85); R.civ. 2. 16 (81); Z 1. 161; 2. 416 f.; Bu. 13. 279; 16. 85 f., vgl. auch Renaud K.G. S. 396 f. und die das. Angeff. Derselbe ist auch in den außerdeutschen H.G.Büchern überall anerkannt, freilich meist nur im Sinn einer subsidiären Haftung (s. Zusatz). — Die Haftung der Mitglieder einer auswärtigen Hg. ist nach dem am Ort der Handelsniederlassung geltenden Recht zu beurtheilen: sofern es sich nicht um Geschäfte einer im Inland befindlichen Zweigniederlassung handelt. Da aber dieser Grundsatz sich aus dem internationalen Privatrecht, also aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht im Sinn des Art. 1 ergiebt, so ist ein ihn modificirendes H.gewohnheitsrecht nicht ausgeschlossen. Ueber ein solches unten Anm. 14. Anders Z 15. 234; Renaud S. 400 f.

Digitized by Google

und das ganze Vermögen der Gesellschaft[10]); sie entsteht kraft des Gesetzes unmittelbar mit der Verpflichtung der Gesellschaft[11]) und steht zu der Gesammtverbindlichkeit nicht in einem subsidiären Verhältniß[12]); die Befugniß der Gesellschaftsgläubiger, sich an die einzelnen Gesellschafter zu halten, ist weder durch eine vorgängige Exkussion der Gesellschaft noch durch eine gerichtliche Feststellung der

---

[8]) Goldschmidt a. a. O. hebt mit Recht hervor, daß es auf einem groben Mißverständniß beruht, wenn bisweilen solidarische und unbeschränkte Haftung als gleichbedeutend betrachtet worden sind. Die Quellen brauchen den Ausdruck debitor in solidum allerdings auch im Gegensatz zur beschränkten Haftung (dumtaxat de peculio) L. 44 D. de pec. (15. 1)

[9]) Zwangsvollstreckung gegen die Person findet, soweit sie überhaupt statthaft ist, wegen der G.schulden gegen die einzelnen G.er statt. Dasselbe gilt vom persönlichen Sicherheitsarrest. Nach Pr. L.R. II. 8. 647 ff., 792 f., I. 17. 232 ff. konnte wegen der im Namen der G. von einem Gesellschafter kontrahirten Schulden, Personalarrest nur gegen den handelnden G.er selbst, nicht gegen die übrigen Mitglieder der o. Hg. nachgesucht werden. Nur bei Wechselschulden fand eine Ausnahme statt.

[10]) Betheiligt sich eine juristische Person (Korporation) an einer o. Hg., so werden die einzelnen Mitglieder nicht von der Solidarhaft betroffen; a M Treitschke S. 154. Anders, wenn eine o. Hg A Mitglied einer anderen o. Hg. B wird, oben S. 463[8]. Hier haftet nicht blos das Vermögen der Gesellschaft A, sondern es haften auch deren Mitglieder solidarisch für die Schulden der Gesellschaft B. Abweichend Renaud S. 399.

[11]) Der Rechtsgrund der Haftung ist das Bestehen der offenen Handelsgesellschaft und die hieran durch das Gesetz geknüpfte Folge. Hierauf beruht die Haftung sämmtlicher G.er, auch derjenigen, die im Namen der G. gehandelt haben, v. Hahn zu Art. 112 § 2, 3; R 20. 70 (262). Möglichst weit von der richtigen Auffassung entfernt sich Lastig S. 392: „Solchen (d. h. im Namen der G. geschlossenen) Verträgen entsprossene Rechte darf der Dritte geltend machen: ex contractu gegen jeden, der z. Z. der Einforderung bez. Klage vertretungsbefugtes Mitglied der G. ist; auf Grund der gegenseitigen personenrechtlichen Haft sämmtlicher G er gegen jeden, der z. Z. der Errichtung des Vertrages oder z. Z. der Einforderung bez. Klage oder in der Zwischenzeit Mitglied ist oder war." — Selbst wenn man eine derartige, dem H.G.B. fremde Unterscheidung zwischen der actio ex contractu und einer actio adjectitiae qualitatis machen wollte, so ist doch nicht ersichtlich, wie erstere gegen jeden zur Vertretung befugten G.er gehen sollte.

[12]) R 7. 102 (385); 17. 62 (288); Bu. 8. 177; Z 15. 234. (Die Entsch. wendet mit Unrecht das D.H.G.B. an, oben Anm. 7. a. E., ist aber vom Standpunkt dieses letzteren richtig.) Der österr. ob. Ger.hof hat mehrfach Subsidiarität der Haftung angenommen, Cl. u. A. 4. 715, 766. Ueber das fremde Recht und die Entw., insbesondere über die ein vorgängiges Judikat gegen die G. fordernde Bestimmung in Pr 117 f. Zus., auch Prot. 216 ff.; v. Krämel Bu. 4. 39. Modifikation des obigen Grundsatzes im Fall des G.konkurses unten § 83.

Digitized by Google

Forderung ihr gegenüber noch durch eine an dieselbe zu richtende Erfüllungsaufforderung bedingt.[13])

In der vorgedachten Weise haften die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, gleichviel welchen Inhalt dieselben haben[14]) und auf welchem Entstehungsgrund sie beruhen.[14a]) Verbindlichkeiten der Gesellschaft können sich nicht blos aus Verträgen, sondern auch aus einseitigen Handlungen[15]) ergeben. In beiden Fällen setzt die Verpflichtung der Gesellschaft voraus, daß entweder von den zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen oder von sämmtlichen Gesellschaftern gemeinschaftlich gehandelt ist.[16]) Aber auch ohne daß eine Willenserklärung vorliegt, kann die Gesellschaft dritten Personen verpflichtet werden, indem aus dem Umstand, daß sie Inhaberin des Gesellschaftsvermögens und des Gesellschaftsgeschäfts ist, obligatorische Beziehungen zu dritten Personen entstehen können.[17]) Dagegen giebt es keine Deliktsschulden der Gesellschaft. Für den

[13]) Ein Hamburger H.gebrauch läßt die Klage gegen den in Hamburg domicilirten Theilnehmer eines auswärtigen Handlungshauses erst nach Interpellation der G. zu. Der Geltung dieses Gebrauchs steht nichts entgegen, wenn er auf H.gesellschaften bezogen wird, deren Niederlassung sich nicht im Bereich des H.G.B.s befindet, und auf solche scheint er auch vorzugsweise angewendet zu werden. Dagegen würde derselbe, auf deutsche H.g.en bezogen, einen Widerspruch zwar nicht gegen den ausdrücklichen Inhalt des H.G.B.s, wohl aber gegen einen aus diesem zu entnehmenden Rechtssatz enthalten. Vgl. hierzu Z 7. 474 f.; Bu. 12. 411; Ehrenberg beschr. Haftung S. 388; Goldschmidt Z 27. 39.

[14]) Die Verbindlichkeiten der G. können auf Geldzahlungen, auf ein sonstiges Geben oder Verschaffen, auf ein Thun oder Unterlassen gerichtet sein, Windscheid § 252. Wo ein facere im e. Sinn den Gegenstand der Verpflichtung bildet, liegt die Leistung der betr. Handlung nicht den einzelnen G.ern, sondern der G. als Verein ob. Die einzelnen G.er haften dafür, daß die Handlung durch die G. geleistet wird; hierfür hat dann freilich jeder einzelne G er unbedingt einzustehen (also nicht blos für die Anwendung der in seinen Kräften stehenden Bemühungen, Windscheid § 317). Eine auf die Erwirkung der schuldigen Handlung gerichtete Zwangsvollstreckung ist nur statthaft, wenn die G., nicht wenn die einzelnen G.er auf Grund der Solidarhaft verurtheilt sind. Vgl. hierzu Bu. 8. 177: Verpflichtung zur Räumung einer von der G. gemietheten Wohnung.

[14a]) Zum Folgenden besonders Römer S. 154 f.; Renaud S. 392.

[15]) Geschäftsführung ohne Auftrag namens der G. unternommen.

[16]) Auch wenn sämmtliche G.er gemeinschaftlich auftreten, muß entweder im Namen der G. gehandelt sein oder es muß sich aus den Umständen ergeben, daß die Handlung nach dem Willen der Betheiligten für die G. vorgenommen ist. Für letzteres aber sprechen in diesem Fall, auch wenn die Handelnden sich nicht der G.firma bedient haben, die Vermuthungen des Art. 274.

[17]) Verpflichtung der G. durch eine für sie unternommene negotiorum

Digitized by Google

durch widerrechtliche Handlungen eines Gesellschafters verursachten Schaden haftet die Gesellschaft nicht.[18])

Daß ein Gesellschafter bezüglich bestimmter Verbindlichkeiten der Haftung durch die Gläubiger enthoben wird, ist statthaft; es kann dies sowohl vor wie nach Begründung der Verbindlichkeit geschehen;[19]) unvereinbar mit dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft ist dagegen, daß die Gesellschafter durch einseitige Vorbehalte oder durch Abreden unter einander ihre Haftbarkeit Dritten gegenüber ausschließen oder einschränken.[20])

Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften sowohl die bei der Begründung der Schuld bereits vorhandenen wie die später hinzutretenden Mitglieder. Auch die Haftung dieser letzteren entsteht kraft des Gesetzes, und zwar unmittelbar mit dem Eintritt des neuen Gesellschafters, ohne daß es der Eintragung in das Handelsregister oder einer sonstigen Kundmachung bedarf. Gleichgültig ist, ob die alte Firma beibehalten wird oder in Folge des neu hinzugetretenen Mitgliedes eine Aenderung erleidet oder nicht.[21]) Ein Vorbehalt oder eine Abrede, wodurch die Haftung ausgeschlossen oder eingeschränkt wird,

---

gestio, Verbindlichkeiten in Folge von Einwirkungen, die von Grundstücken der G. ausgehen, auf Grund des Haftpflichtgesetzes u. dgl.

[18]) Keine Haftung der G. für außerkontraktlichen Dolus (dolose Kreditempfehlung) eines G.ers, R 25. 83 (376). Abweichende Bestimmungen der Entw. oben Zus. II zu § 72. — Unrichtig E. v. Völderndorff, Bu. 37. 121.

[19]) Roemer S. 164; Renaud S. 399; v. Hahn zu Art. 112 § 7; Anschütz Komm. II S. 248; Windscheid § 295 Anm. 4. Statthaftigkeit eines Uebereinkommens zwischen einem G.er und dem Gläubiger, wonach dieser sich verpflichtet, zunächst einen anderen G.er in Anspruch zu nehmen, R 15. 7 (71).

[20]) Art. 112²: Ein (der solidarischen und unbeschränkten Haftung der G.er) entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung. Vorausgesetzt, daß die G. nach Außen als o. Hg. auftritt. Das ältere Recht gestattete bisweilen, in Verkennung des Unterschiedes zwischen offener und stiller G., auch bei ersterer eine Beschränkung der Haftung auf einen Theil des Vermögens oder umgekehrt Ausschließung bestimmter Vermögenstheile von der Haftung, Heise S. 57; Mot. zu W S. 195.

[21]) Art. 113. Aelteres Recht Treitschke § 62; Brinckmann § 45 und die das. Angeff.; Goldschmidt, krit. Zeitschr. 4 S. 175 ff.; R.civ. 2. 16 (52). — Die Bestimmung des H.G.B.'s setzt voraus, daß der Eintritt des neuen G.ers perfekt geworden ist und daß die G. bereits vor diesem Zeitpunkt nach Maßgabe des Art. 110 zu äußerer Existenz gelangt, also entweder in das H.register eingetragen war oder ihre Geschäfte begonnen hatte, R 17. 78 (354). Dagegen ist die Forderung v. Hahn's, daß der neue G.er selbst in das H.register eingetragen sein oder daß nach seinem Eintritt ein Geschäftsabschluß stattgefunden haben

Digitized by Google

ist auch in diesem Fall Dritten gegenüber wirkungslos.[21a]) Die einmal begründete Haftung der Gesellschafter wird weder durch deren Austritt noch durch die Auflösung der Gesellschaft beseitigt.[22])

Nach gemeinem Recht ist sowohl die Verpflichtung der Gesellschafter im Verhältniß zu einander wie die Gesammtverbindlichkeit der Gesellschaft im Verhältniß zur Haftung der einzelnen Gesellschafter echte Korrealität.[23]) Es kommen demnach bezüglich des Einflusses, den andere Aufhebungsgründe als die Erfüllung auf das Schicksal der Obligation haben, die für Korrealverpflichtungen geltenden Grundsätze insoweit zur Anwendung, als nicht die Bestimmungen des H.G.B.s modificirend einwirken.[24])

Erfüllt ein Gesellschafter Verbindlichkeiten der Gesellschafter aus

---

müsse, aus dem Gesetz nicht zu begründen. Die Eintragung des neu hinzugetretenen G.ers in das H.register ist insofern von Bedeutung, als, so lange dieselbe nicht erfolgt ist, Bedingungen und Zeitbestimmungen, die den Eintritt hinausschieben, auch auf den Beginn der Haftung von Einfluß sind, während sie, wenn die Eintragung einmal geschehen ist, Dritten gegenüber unwirksam werden.

[21a]) Das R.O.H.G. hat in mehreren Entsch. ausgesprochen, daß Art. 113 nicht auf den Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmannes anwendbar sei. Ebenso hat dasselbe die analoge Anwendung des in Art. 113 enthaltenen Grundsatzes auf den Uebergang eines H.geschäfts im Wege der Singularsukzession stets zurückgewiesen, v. Hahn S. 409², oben S. 218. Das Reichsgericht betrachtet in letzterem Fall die unveränderte Fortsetzung des Geschäfts unter der bisherigen Firma als eine an die Gläubiger gerichtete Erklärung des Erwerbers, für die früheren Geschäftsschulden einstehen zu wollen, R.civ. 2. 16 (52). Billigt man diese Auffassung, so muß sie auch für den Fall des Eintritts eines G.ers in das Geschäft eines Einzelkaufmannes zur Geltung kommen.

[22]) R 5. 90 (392). Auch die lediglich auf den Art. 113 gegründete Haftung bleibt bestehen, wenn der später in die G. eingetretene G.er demnächst wieder aus derselben austritt, Bu. 22. 283; Lastig in Endem. Handb. I S. 392. Ausfüllung eines von einem G.er unter der G.firma gegebenen Blankoakzepts nach Auflösung der G. R 21. 106 (324). Haftung der Erben R 21. 120 (372 f.), unten § 79.

[23]) Uebereinstimmend in Bezug auf das Verhältniß, in welchem die einzelnen G.er dem Gläubiger gegenüberstehen, v. Hahn zu Art. 112 § 3; Windscheid § 297⁸; Roemer S. 155. Als einen Fall der sog. unechten Korrealität bezeichnet die Haftung der einzelnen G.er v. Savigny Obligationenrecht I S. 287. Daß auch die Gesammtverbindlichkeit der G. im Verhältniß zur Haftung der einzelnen G.er unter den Gesichtspunkt der Korrealität fällt, ist nach dem Vorstehenden eine unabweisliche Konsequenz, Roemer S. 160. — Partikularrechte ders. S. 156.

[24]) Solche Modifikationen ergeben sich besonders in Betreff der Kompensation, der Konfusion (folg. Anm.) und der Unterbrechung der Verjährung. — Befreiung der G. durch Novation seitens eines G.ers, auch nach dessen Ausscheiden Z 8. 583, 590; Bu. 8. 150.

Digitized by Google

eigenen Mitteln, so hat er nach den im § 67. II erörterten Grundsätzen einen Erstattungsanspruch, aber während des Bestehens der Gesellschaft nur aus dem Gesellschaftsvermögen, nicht gegen die einzelnen Gesellschafter.[25])

Zusatz. Haftung der Gesellschafter. I. a) Nach Co. 22 haften die Mitglieder der o Hg. solidarisch pour tous les engagements de la société; in der entsprechenden Bestimmung der Ordonnance tit. 4 § 7 hieß es seront obligés solidairement aux dettes de la société. Die Aenderung ist in erweiterndem Sinn gemeint und soll namentlich auf die Fälle hinweisen, in denen die G. Verpflichtungen zum Abschluß von Verträgen eingegangen ist (Locré esprit I p. 76 s.). Die Frage, ob die Haftung einzelner G.er im G.vertrag ausgeschlossen werden kann, wird zwar aufgeworfen, aber regelmäßig verneint (Lyon 334). Das Verhältniß, in welchem die Verpflichtung der einzelnen G.er zu einander steht, ist die Solidarität des Code civ., art. 1200 ss., 2249. Sehr bestritten ist dagegen, wie sich die Haftung der G.er zu der der G. als juristischen Person (oben S. 448) verhält. Die Ansicht, daß der G.er sich sofort an die einzelnen G.er halten könne (Brav. Veyr.), dürfte nur vereinzelt sein. Häufiger wird Subsidiarität angenommen, so daß die Gläubiger zuvor Befriedigung aus dem G.vermögen nachsuchen müssen und die G.er nur wegen des Ausfalls angehen können (Delamarre et Lepoitvin, Demangeat). Pard. fordert vorgängige gerichtliche Feststellung der Forderung gegenüber der G., während Lyon sich mit einer außergerichtlichen Aufforderung derselben begnügt. Eine entschiedene Praxis scheint sich nicht gebildet zu haben, angeführt wird nur ein Beschluß des Kassationshofes, nach welchem die Gläubiger einer Kommanditgesellschaft sich an den Kommanditisten erst halten können, wenn die Forderung der G. gegenüber festgestellt ist. Eine unserem Art. 113 analoge Bestimmung ist nicht vorhanden; die Jurisprudenz ist geneigt, Haftung des neuen Socius auch für die früher begründeten Verbindlichkeiten der G. anzunehmen Vgl. überhaupt Pard. IV no. 976, 1026; Bédarr. sociétés I no. 165, 169; Brav. Veyr. (éd. Demangeat) I p. 210; Massé III no. 1940 s., 1964; Lyon no. 333 ss. b) Holland 18, dazu Holtius bl. 105 vv.; de Wal bl. 93 v.; Kist III bl. 268 v. Jeder G.er kann solidarisch für den ganzen Betrag der G schulden (hoofdelijk vor het geheel) in Anspruch genommen werden. In Bezug auf das Verhältniß dieser Haftung zur Verbindlichkeit der G. folgt Holtius der Ansicht von Pard., wogegen Kist es für zulässig hält, sogleich auf die einzelnen G.er zurückzugehen. Die Haftung neu eintretender G.er für frühere Verbindlichkeiten wird von Holtius bl. 117 und Kist bl. 275 verneint; de Wal äußert keine

---

[25]) Daß der persönlich in Anspruch genommene G.er, der den Gläubiger aus eigenen Mitteln befriedigt hat, ersatzberechtigt ist, wurde von der R.C. unter Verweisung auf den gegenwärtigen Art. 93 für selbstverständlich erklärt, Prot. 1002. Vgl. R 13. 51 (143), oben § 67 Anm. 7. Im Fall der confusio kann der G.er, in dessen Person die Vereinigung eingetreten ist, die ganze Forderung gegen die G. geltend machen. Vgl. über die confusio bei der gemeinrechtlichen Korrealobligation neuerdings Friedmann Wirkungen der confusio S. 61 ff.

Digitized by Google

Meinung. — c) Spanien 267, 352: Die G.er haften solidarisch, das Privatvermögen derselben kann aber erst nach Exkussion des G.vermögens angegriffen werden. — d) Portugal beschränkt sich darauf, den Grundsatz der Solidarhaft auszusprechen, mit dem mehr eine theoretische Bemerkung als eine gesetzliche Disposition enthaltenden Zusatz, daß eine G., welche die Haftbarkeit der G.er Dritten gegenüber beschränkt, aufhört, eine o. Hg. zu sein. (Art. 549, 664). Nicht eigentlich die o. Hg. betrifft die Bestimmung des Art. 550, daß die Haftung der in der Firma ausdrücklich benannten G er Dritten gegenüber weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden kann. — e) Belgien 17 bestimmt die Solidarhaft der G.er wie Co. 22. Nach Art. 122 kann die Verurtheilung der G.er wegen einer G schuld erst erfolgen, wenn das Urtheil gegen die G. ergangen ist. Namur no. 1328 bemerkt, daß die Verbindung der Klage gegen die G.er mit der gegen die G. hierdurch nicht ausgeschlossen ist. — f) Italien 106. Die G.er haften solidarisch. Indeß können die G.gläubiger von den einzelnen G.ern nicht Zahlung verlangen, bevor der Anspruch gegen die G. geltend gemacht ist (prima di aver esercitata l'azione contro la società). Vidari deutet diese Bestimmung im Sinne einer wahren Subsidiarität. Gleichzeitige Ausklagung der G.er und der G. ist nach dieser Auffassung nicht statthaft; die G.er haften nur für dasjenige, was aus dem G.vermögen nicht beizutreiben ist. — Die Bestimmung unseres Art. 113 ist verallgemeinert (Art. 78). In jeder Hg. haftet der neu eintretende G.er gleich den bisherigen Mitgliedern, auch für die früher begründeten Verbindlichkeiten. Entgegenstehende Abreden sind Dritten gegenüber unwirksam; vgl. Art. 109 des alten G.B.'s; Vidari corso II no. 639. 780 ss., 823, 828. — g) Schweiz 564. Solidarische und uneingeschränkte Haftung der G.er wie nach unserem Art. 112. Die einzelnen G.er können aber erst nach der Auflösung oder der erfolglosen Betreibung der G. wegen der G.schulden in Anspruch genommen werden. So das Gesetz. Nach dem Komm. von Fick und Schneider steht der erfolglosen Betreibung der G.konkurs, der Auflösung das Ausscheiden oder die Ausschließung eines G.ers in Betreff des ausgetretenen Mitgliedes gleich. Die Haftung eines neu hinzugetretenen G.ers ist in Art. 565 wie in unserem Art. normirt. Ueber frühere Entwürfe Fick u. Schneider S. 400; Munzinger Mot. S. 71 f. — h) Ungarn 88 f. stimmt vollständig mit dem H.G.B. überein. — i) Daß auch die englische partnership auf der solidarischen und uneingeschränkten Haftung sämmtlicher Mitglieder beruht, ist bereits S. 441 f. bemerkt. Die Haftung trifft nicht blos die an dem gemeinsamen Unternehmen betheiligten, durch den G.vertrag kenntlich gemachten Personen (actual partners), sondern auch diejenigen, die sich nach Außen als G.er kundgeben, ohne es wirklich zu sein (nominal partners), falls der Dritte nicht Kenntniß von der Unrichtigkeit des Vorgebens hat; andererseits aber auch die stillen Theilnehmer (dormant partners). Der Begriff des dormant partner ist nicht scharf begrenzt, er umfaßt nicht alle Fälle, in denen Jemand einen Anspruch auf einen Gewinnantheil hat, sondern es wird interest in the profits as such gefordert. Was darunter zu verstehen, wird nur kasuistisch erläutert (Parsons p. 71: the subject is perhaps one of the most difficult in the whole law of partnership); eine gesetzliche Entscheidung bezüglich einzelner hierher gehöriger Fälle enthält das Gesetz von 1865, Z 10. 226 f. Genereller Ausschluß der Verpflichtung ist unstatthaft, dagegen können die G er sich in Betreff bestimmter Verbindlich-

Digitized by Google

keiten durch eine an die betreffenden Gläubiger vorgängig zu richtende Erklärung (special notice) verwahren. Von der Nothwendigkeit vor den einzelnen G.ern die G. selbst in Anspruch zu nehmen, ist nicht die Rede. Neu eintretende G.er haften an sich nicht für die vor ihrem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten, wohl aber, wenn sie dieselben ausdrücklich oder stillschweigend mit übernehmen. Letzteres wird auch bei dem Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns leicht angenommen, so namentlich wenn der neu Eintretende aus den früher entstandenen Verpflichtungen Vortheil zieht (a very little matter respecting those debts will make them both liable, Citat bei Smith p. 46). Vgl. Smith p. 39; Levy intern. comm. law I p. 77 ss.; Parsons p. 66 ss.

II. Entwürfe. Sämmtliche Entwürfe enthalten den Grundsatz solidarischer Haftung der G.er für die G.schulden; W fordert, daß die Richtigkeit und der Belauf der Schuld gegen den G. gerichtlich festgestellt sei, ehe Rechtshülfe gegen die einzelnen G.er geleistet wird; Er verlangt vorgängige oder gleichzeitige Verurtheilung der G., doch soll diese Bestimmung keine Anwendung finden auf G.en, die nicht gesetzlich veröffentlicht sind und eine Ausnahme erleiden, wenn die G. in Konkurs oder Fallitzustand gerathen ist. Nach Pr können während des Bestehens der G. die G.er nur belangt werden, wenn die G. zuvor verurtheilt ist oder die Klage gleichzeitig gegen dieselbe angestellt ist. Or und Om stellen ein derartiges Erforderniß nicht auf; von der R.C. ist dasselbe bereits in 1. Les. gestrichen worden. In sämmtlichen Entw. findet sich ferner eine unserem Art. 113 entsprechende Bestimmung; in Pr und dem österr. Entw. bezieht sich dieselbe allgemein auf alle H.gen, in den übrigen Entw. speciell auf die o. Hg. Nach den Mot. zu W kann die Haftung des neu Eintretenden für die früheren Verbindlichkeiten durch Vermerk im H.register ausgeschlossen werden, wogegen die Mot. zu Er und Pr den Ausschluß als unzulässig betrachten. Auf demselben Standpunkt scheinen Or und Om zu stehen. Ausdrücklich erklären gleich unserm Art. 113 E. I, II entgegenstehende Abreden Dritten gegenüber für wirkungslos. — Vgl. W 213, 224; Er 40, 41, 44; Pr 89, 91², 117; Om 89, 91; Or 91, 92; E. I, II 111, 112.

§ 74.

β. Prozeßführung.[1])

Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden.[2]) Die Firma ist hier ebenso wie beim Abschluß von

[1]) Gelpcke in seiner Zeitschr. II S. 49 f.; Brinckmann § 38 VIII; Thöl § 96. 3; Auerbach H.ges. S. 94; Endemann § 38 II; Gareis § 29; Lastig in Endem. Handb. I § 92 (S. 393 ff.); Renaud R.G. § 51 (S. 353 ff.); § 55. Vgl. auch die folg. Anmerkungen.

[2]) Art. 111. Eine Bezeichnung der einzelnen G.er ist nicht erforderlich, B u. 11. 32. Auch Prozeßvollmachten können blos mit der G.firma unterzeichnet werden; Cl. u. A. 1. 29; es muß aber auf Erfordern dargethan werden, daß der die Vollmacht unterzeichnende G.er zur Vertretung der G. befugt ist, unten Anm. 5; a. M. Renaud S. 376. Ihren allgemeinen (H.G.B. „ordentlichen") Gerichtsstand hat die G. vor dem Gericht, in dessen Bezirk sich ihr Sitz befindet,

Digitized by Google

Rechtsgeschäften die Zusammenfassung der einzelnen Gesellschafter als solcher zu einer formalen Einheit.[3]) Als Personenverein ist die offene Handelsgesellschaft nicht prozeßfähig; die zu ihrer Vertretung überhaupt ermächtigten Gesellschafter fungiren vor Gericht als ihre gesetzlichen Vertreter.[4]) Je nach dem die Vertretung eine Einzel- oder eine Kollektivvertretung ist, können mithin auch bei der Vornahme von Prozeßhandlungen die Gesellschafter einzeln oder müssen sie gemeinschaftlich auftreten.[5]) Ladungen und Zustellungen an die Gesellschaft erfolgen auch im Fall der Kollektivvertretung gültig an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter.[6]) Umgekehrt stehen in Bezug auf

---

CPrO. 19, oben § 38 Anm. 30. Gerichtsstand für Geschäfte der Zweigniederlassungen daselbst Anm. 17a. — Der Gerichtsstand der G. ist auch begründet für Klagen, die gegen die G. als solche wie von den G.ern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden, C.Pr.O. 23. Auch nicht in das H.register eingetragene G.er können unter ihrer Firma klagen und verklagt werden; unrichtig Bu. 34. 329. Sitz und Gerichtsstand nicht eingetragener G.en Z 22. 295.

[3]) Oben § 62, 73.

[4]) Civ.Pr.O. 50 ff., dazu die Komm. von Seuffert, v. Wilmowski und Levy. Der einzelne G.er, der für die G. auftritt, ist nicht Prozeßpartei R 5. 71 (325). Sequester als Prozeßvertreter der G. R 16. 21 (75).

[5]) Art. 117[1]. Die G. wird vor Gericht von jedem G.er gültig vertreten, welcher von der Befugniß, die G. zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist. Dazu im Allgemeinen R 2. 6 (39); 5. 71 (324); Bu. 8. 158. Befugniß eines von mehreren zur Kollektivvertretung ermächtigten G.ern zur Einsichtnahme der Akten sowie zur Erbittung von Fristen Cl. u. A. 4. 744. — Art. 46 ist, obwohl im H.G. Art. 117 nicht citirt, auch auf die Vertretung der o. Hg. vor Gericht anwendbar, v. Hahn § 4, unentschieden R 16. 21 (74). Nicht im Widerspruch hiermit steht, daß das Gericht von dem für die G. auftretenden G.er den Nachweis verlangen kann, daß er zur Vertretung der G. legitimirt ist, Civ.Pr.O. § 54; Z 8. 580; 11. 547. 553; 15. 250; Bu. 5. 313; 8. 61, 150; 13. 118. Die auf Art. 117 gegründete Vertretungsbefugniß ermächtigt nur zur Vertretung der G., nicht der einzelnen G.er, auch dann nicht, wenn sie zugleich mit der G. beklagt sind, Z 8. 579; Bu. 4. 393; 36. 380; unrichtig Bu. 4. 27 (v. Kräwel).

[6]) Art. 117[2]. Daß im Fall der Kollektivvertretung die Zustellung an einen G.er genügt, folgt aus der Analogie von Art. 144[3]; v. Hahn § 6; a. M. Renaud S. 377 und die Anm. 12 das. Angeff. Auch Art. 117[2] ist anwendbar, sobald die G. nach Außen ins Leben getreten ist, die Eintragung ist nicht unbedingt erforderlich, Cl. u. A. 1. 113; ungerechtfertigt Bu. 21. 80. Erforderlich ist, daß die Zustellung zur Kenntniß der o. Hg. bestimmt, also an die Adresse derselben gerichtet ist, die abweichende Entsch. bei Cl. u. A. 4. 611 ist nicht zu billigen. Ueber Ort und Zeit wie die sonstigen prozessualischen Voraussetzungen einer gültigen Zustellung entscheidet das Prozeßrecht, vgl. C.Pr.O. 166, 167, 169. Nach der Preuß. Ger.O. mußten Vorladungen zur Eidesleistung an die G.er, die im Namen der G. schwören sollten, persönlich erfolgen. Anders nach der

Digitized by Google

die Zuschiebung und Zurückschiebung sowie auf die Annahme und Ableistung von Eiden mehrere vertretungsbefugte Gesellschafter, auch dann, wenn die Vertretung jedem für sich zusteht, einer Mehrheit von Streitgenossen hinsichtlich eines einheitlich festzustellenden Rechtsverhältnisses gleich.[7])

Eine Aenderung in den Personen der Gesellschafter hat auf den Fortgang des von der Gesellschaft oder gegen dieselbe geführten Prozesses keinen Einfluß.[8])

Wird eine Gesellschaftsschuld gegen die Gesellschaft eingeklagt,[9]) so erlangt das Erkenntniß auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern Rechtskraft, insoweit durch dasselbe das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Verbindlichkeit festgestellt wird.[10]) Das den Kläger

D. Civ.Pr.O., nach der eine Ladung der schwurpflichtigen Partei überhaupt nicht stattfindet, Fischer Termin u. Ladung S. 73, 92; Seuffert Komm. zu § 441; v. Wilmowski u. Levy zu § 162. Zustellung von Zahlungsauflagen an die o. Hg. Cl. u. A. 3. 306.

[7]) Civ.Pr.O. § 436, in entsprechender Anwendung 434 f. Richterliche Eide § 438. Im Wesentlichen zu denselben Ergebnissen wie oben gelangt nach gemeinem Prozeß v. Hahn zu Art. 117; übereinstimmend Renaud S. 379 f.; v. Wilmowski u. Levy Komm. zu § 416, 435 f.; Seuffert zu § 434[a]. Abweichende Ansichten und Nachweisungen aus der Praxis, namentlich des R.O.H.G.s bei v. Hahn und Renaud. Vgl. auch Voigtel Centralorg. N. F. V. 344; v. Krävel, Bu. 32. 349, Seu. 39, 122.

[8]) R 20. 54 (181). Daraus ergiebt sich, daß Eidesleistungen im Namen der G. den zur Zeit der Eidesabnahme vertretungsbefugten Mitgliedern der G. obliegen, R 9. 5 (16); 10. 75 (374); 16. 100 (396); 20. 54 (181); Renaud S. 381; abweichend z. B. Z 8. 580 a. E. — Anders als die Veränderung im Personenbestand der G.er ist eine Auflösung der G. durante processu zu beurtheilen; die Ansicht Renaud's S. 382, daß in diesem Fall „die bisher eidespflichtigen socii ihrer Verbindlichkeit nicht entbunden werden," ist haltlos. Mit der Auflösung der G. erlischt jedenfalls die Vertretungsbefugniß der G.er; es muß mithin nach Analogie von Civ.Pr.O. § 219 eine Unterbrechung des Verfahrens stattfinden. Eine Fortsetzung ist, abgesehen von dem Fall des G.konkurses möglich, wenn die G. in Liquidation tritt, nicht dagegen, wenn sich an die Auflösung kein Liquidationsstadium anschließt, wie z. B. wenn einer von zwei G.ern ausscheidet und der andere das Geschäft unter Uebernahme der Aktiva und Passiva fortsetzt. Vgl. hierzu R 14. 2 (3); Z 22. 294; Bu. 23. 256; 29. 292.

[9]) Vgl. zum Folgenden: v. Krävel Bu. 4. 25 ff.; Römer Abh. S. 167 ff. Lastig in Endem. Handb. I S. 393 ff.; Renaud S. 383; v. Hahn I (3. Aufl.) S. 403 f., 406 f.; Anschütz Komm. II S. 240.

[10]) Uebereinstimmend Renaud, v. Hahn a. a. O., R. civ. 3. 17 (57); 5. 16 (69). Die Wirkung kommt nur dem rechtskräftigen, nicht einem nur vorläufig gegen die G. für vollstreckbar erklärten Erkenntniß zu, R. civ. 3. 92 (339). Das in dem Prozeß gegen die G. ergangene Erk. wirkt in obigem Sinne gegenüber

Digitized by Google

abweisende Urtheil wirkt daher stets zu Gunsten der einzelnen Gesellschafter;[11]) dagegen ist ein die Gesellschaft verurtheilendes Erkenntniß nicht ohne Weiteres in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckbar;[12]) vielmehr bedarf es hierzu der Anstellung einer besonderen Klage, welcher der Beklagte die ihm persönlich zustehenden Befreiungsgründe entgegensetzen kann.[13]) Eine Kumulation der Klage gegen die Gesellschaft mit der gegen die Gesellschafter ist statthaft; auch kann der einzelne Gesellschafter in dem gegen die Gesellschaft angestrengten Prozeß dieser als Nebenintervenient zur Seite treten.[14]) [15])

---

denen, die, falls die Forderung begründet ist, persönlich haften, also nicht blos für und gegen diejenigen, die zur Zeit des Erk. Mitglieder der o. Hg. sind, oben § 73 S. 520 f. Durch die Erhebung der Klage wird die Verjährung auch gegen diejenigen unterbrochen, die persönlich für die G.schulden verpflichtet sind. Eine Ausnahme macht die fünfjährige Verjährung zu Gunsten des ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen G.ers, H.G.B. 148 (die Unterbrechung jeder anderen Verjährung wirkt auch ihnen gegenüber), Römer S. 175 f., v. Hahn S. 405; unten Anm. 14. Mit dieser Modifikation begründet die Erhebung der Klage gegen die G. Rechtshängigkeit nicht blos „gegen die aktuellen Mitglieder der G.", R. civ. 3. 17, sondern gegenüber allen, die auf Grund der Art. 112 und 113 für die betr. G.schuld in Anspruch genommen werden können.

[11]) Römer S. 167; v. Hahn S. 404; Renaud S. 387.

[12]) Mot. zu Pr S. 64. Römer a. a. O. will den obigen Satz nur gelten lassen, wenn die Rechtspersönlichkeit der o. Hg. anerkannt wird. Die Verneinung derselben führt nach ihm zu der Konsequenz, daß die Verurtheilung der G. gleichbedeutend mit der Verurtheilung der einzelnen G.er ist. „Der siegreiche Gläubiger kann Exekution verlangen einmal in das G.vermögen, sodann in das Privatvermögen der einzelnen G.er." Dagegen v. Hahn S. 406; Renaud, v. Krawel a. a. O.; Keyßner Bu. 7. 196; aus der Rechtsprechung R 6. 93 (416); 20. 54 (180); 21. 42 (130); R. civ. 3. 17 (57); 3. 92 (339); 5. 16 (69); Cl. u. A. 4. 715, 769, 776; Z 23. 266; 27. 297; Bu. 24. 313; 30. 145; 39. 199.

[13]) Aus der im Text vertretenen Auffassung ergiebt sich, daß die dem einzelnen G.er persönlich zustehenden Einreden nur der gegen ihn, nicht der gegen die G. gerichteten Klage entgegengesetzt werden können, und zwar gilt dies auch in Betreff der Einreden, die dem die G. vertretenden G.er für seine Person zuständig sind; übereinstimmend v. Hahn, Renaud; a. M. Römer S. 162; unentschieden R 25. 31 (126). Zu diesen Einreden gehören Erlaß und Zahlungsstundung, die einem G.er für seine Person gewährt sind, ebenso Kompensation mit einer dem G.er gegen den G.gläubiger zustehenden Privatforderung, vgl. folg. §. — Ist die (gegenwärtige oder frühere) Mitgliedschaft des als G.er in Anspruch Genommenen streitig, so muß auch hierüber in dem gegen ihn anzustellenden Prozeß entschieden werden.

[14]) v. Hahn S. 403 f.; Anschütz, Renaud, v. Kräwel a. a. O. Daß der Gläubiger sofort die einzelnen G.er persönlich belangen kann, ist bereits oben S. 518.

Digitized by Google

Zusatz. Aus den fremden Gesetzgebungen ist wenig anzuführen. Daß die G. unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, ergiebt sich da, wo die o. Hg. als juristische Person betrachtet wird, von selbst. Für das französische Recht ist zu vgl. Code de procéd art. 69[6] (Gerichtsstand), dazu Lyon no. 285; Namur II. no. 804. Für das holländ. Recht ist diese Möglichkeit ebenfalls in der bürgerl. Proz.Ordn. anerkannt, vgl. Kist bl. 281, der, wie oben S. 448 erwähnt, kein Anhänger der Rechtspersönlichkeit der o. Hg. ist. Ausdrückliche unserem Art. 111 und 117 entsprechende Bestimmungen enthält Ungarn 63 und 93. Die erste derselben bezieht sich auf alle H.gen. Schweiz 559 stimmt mit unserem Art. 111 überein, die im zweiten Absatz des letzteren enthaltene Bestimmung über den Gerichtsstand fehlt, ebenso fehlt es an besonderen Vorschriften über die prozessualische Vertretung der o. Hg. — Nach englischem Recht müssen Klagen aus den im Namen der G. geschlossenen Verträgen von den Personen angestellt werden, die zur Zeit des Vertragsschlusses Mitglieder der G. waren, bei Klagen gegen die Firma gelten die einzelnen G.er als Verklagte. Der Vereinscharakter der G. scheint danach im Prozeß nicht hervorzutreten, vgl. Levy internat. comm. law I. p. 90 s.; Parsons p. 335.

Von den Entwürfen setzt Er 41 die Möglichkeit einer Klage gegen die G. voraus; Pr 87 und 90, auf alle H.gen bezüglich, entsprechen unserem Art. 111; Pr 116 bestimmt über die prozessualische Vertretung der o. Hg. wie unser Art. 117; eine Abweichung findet sich in Betreff der Zustellung, insofern auch der Ort derselben (das Geschäftshaus der G.), wie die Personen, an welche sie in Abwesenheit der G.er zu bewirken ist, bezeichnet werden. Auch E.I enthält noch eine Bestimmung über den Zustellungsort, dagegen ist E.II wörtlich mit dem H.G.B. gleichlautend. Vgl. E.I 110, 117; E.II 110, 118; Prot. 214 f., 1005 f. 5144.

§ 75.

γ. Privatgläubiger und Gesellschaftsgläubiger.[1])

I. Das Gesellschaftsvermögen bildet wie den Gesellschaftern selbst,

erörtert. Geständnisse, in einem solchen Prozeß abgegeben, wirken als solche weder gegen die G. noch gegen die übrigen G.er, Z 22, 298; ebenso wenig ist ihnen gegenüber Rechtshängigkeit und Rechtskraft des Urteils begründet. Dagegen wird, soweit nicht die Bestimmung des Art. 148 anwendbar ist, im Gebiet des gemeinen Rechts durch die Erhebung der Klage gegen einen G.er die Verjährung gegen sämmtliche G.er und die G. unterbrochen L. 5 C. de duob reis 8. 45; Römer S. 175 f. Ebenso nach preuß. L.R. I. 5. 440; I. 9. 576 und nach franz. Recht Code civ. 1206; anders nach österr. b. G.B. 1497; sächs. b. G.B. 1035; Dresd. Entw. 418. Thatsächlich kann es zweifelhaft sein, ob die Klage gegen die G. oder gegen die G.er persönlich gerichtet ist, Bu 24. 313.

[15]) R. civ. 5. 16 (69).

[1]) Treitschke § 99; Gelpcke in seiner Zeitschr. Heft 2 S. 53; Brinckmann § 38 IX; Thöl § 96 IV; Auerbach Gesellsch.wesen S. 61 f., 72; H.gesetz S. 96 f.; Endemann § 38 III; Gareis § 29 (S. 142); Lastig in Endem. Handb. I § 92 (S. 397); Renaud K.G. § 60. 61.

Digitized by Google

so auch denen gegenüber eine geschlossene Einheit,[2]) deren Recht von dem der Gesellschafter abgeleitet ist. Dahin gehören nicht blos diejenigen, mit denen die Gesellschafter in Betreff ihres Antheils paciscirt haben[2a]), sondern auch die Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter. Das Gesellschaftsvermögen ist für sie kein unmittelbarer Gegenstand des Zugriffs.[3]) Sie werden weder zur Theilnahme am Gesellschaftskonkurs berufen[4]) noch sind sie außerhalb des Konkurses befugt, Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens ganz oder theilweise Behufs ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen.[5]) Ihr Anspruch beschränkt sich auf den „Antheil" ihres Schuldners am Gesellschaftsvermögen in dem oben S. 470 erörterten Sinn, d. h. auf die demselben während des Bestehens der Gesellschaft zustehenden Zinsen und Gewinnantheile sowie auf das nach der Beendigung des Gesellschafts-

---

[2]) Der Grundsatz von der Geschlossenheit des G.vermögens gehört sowohl dem inneren wie dem äußeren Verhältniß der o. Hg. an, hat aber in beiden Beziehungen eine verschiedene Bedeutung. Im Verhältniß der G.er zu einander bedeutet er, daß die G.er durch den Societätsvertrag verpflichtet sind, die Bestimmung des G.vermögens zu respektiren, sich mithin durch eine mißbräuchliche Verfügung über dasselbe in ihrem Privatinteresse den Mitgesellschaftern verantwortlich machen. In diesem Sinne trifft der obige Grundsatz alle Verfügungen über das G.vermögen, die einen Mißbrauch desselben enthalten, mögen sie im eigenen Namen des Verfügenden oder im Namen der G. erfolgen und in letzterem Falle durch die Vertretungsbefugniß gedeckt sein oder nicht. Im Verhältniß nach Außen hindert die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens nur Verfügungen der Gesellschafter in eigenem Namen, diese aber auch dann, wenn sie materiell im G.interesse liegen, oben S. 471. 509 f. Eine Verfangenschaft der einzelnen Bestandtheile des G.vermögens den G.gläubigern gegenüber kennt das H.G.B. nicht.

[2a]) Oben S. 479.

[3]) Daß die Privatgläubiger des G.ers nicht das diesem zustehende Kontrolrecht und das hiermit verbundene Recht zur Einsicht der Handelsbücher ausüben können, ist oben S. 492[23] bemerkt. Dagegen dürfen ihnen, wenn sie den Antheil ihres Schuldners am G.vermögen in Anspruch nehmen, die Nachweisungen über die demselben zustehenden Zinsen und Gewinnantheile (Jahresbilanz und die zur Prüfung ihrer Richtigkeit dienenden Belege) nicht vorenthalten werden; im Fall der Auseinandersetzung ist ihnen über das ihrem Schuldner zustehende Guthaben Rechnung zu legen, Anschütz Komm. zu Art. 119; Seu. 14. 82 Anm. 1; Cl. u. A. 1. 102.

[4]) Hierüber unten § 83.

[5]) Art. 119. — Ueber die Ansprüche, die der Konkursmasse des G.ers gegenüber der G. zustehen, unten § 80, 83. — Anfechtung der Illation mit der actio Pauliana v. Hahn zu Art. 120 § 4; Anschütz II S. 257; Renaud K.G. S. 440.

Digitized by Google

verhältnisses ihm zukommende Kapitalsguthaben.[6]) Hierauf allein kann die Zwangsvollstreckung wie die Beschlagnahme im Wege des Sicherheitsarrestes seitens der Privatgläubiger eines Gesellschafters gerichtet werden.[7])

II. Auch Pfand- und Hypothekenrechte können durch die Gesellschafter nicht in eigenem Namen am Gesellschaftsvermögen oder an den Bestandtheilen desselben begründet werden.[8]) Erkennt das bürgerliche Recht Generalpfandrechte an, so ergreifen dieselben, wenn dem einzelnen Gesellschafter gegenüber begründet, gleichviel ob sie auf Vertrag oder auf Gesetz beruhen, doch nur dessen Antheil im vorerwähnten Sinn;[9]) die mit einem solchen Pfandrecht ausgestatteten Privatgläubiger der Gesellschafter erlangen daher bezüglich des Gesellschaftsvermögens keine anderen Rechte wie die Gläubiger, die den Antheil ihres Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmen.[10]) Die Bestimmung bezieht sich nicht auf Pfandrechte, die an den in das Gesellschaftsvermögen eingeworfenen Sachen zur Zeit des Einbringens bereits bestanden.[11]) Diese werden, sofern sie nicht

---

[6]) Behufs Herbeiführung der Auseinandersetzung haben sie ein Aufkündigungsrecht nach Maßgabe des Art. 126, aber nur nach fruchtlos vollstreckter Exekution in das Privatvermögen, während im Uebrigen ihre Befugniß, den Gesellschaftsantheil ihres Schuldners in Anspruch zu nehmen, nicht an diese Voraussetzung geknüpft ist.

[7]) Beschlagnahme des G.antheils im Wege des Arrestes R 12. 84 (260); Seu. 14. 82. — In Oesterreich fällt unter den Begriff des Arrestes auch das in den Prozeßgesetzen enthaltene Verbot auf die beweglichen Sachen des Schuldners, österr. E.G. 37.

[8]) Sofern nicht der redliche Pfandnehmer auch bei mangelnder Befugniß des Verpfänders geschützt wird, oben S. 471 Anm. 16. Andererseits ergreift ein am Vermögen der G. begründetes Pfandrecht nicht das Privatvermögen der G.er. Das Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten des Miethers haftet, wenn eine o. Hg. Mietherin ist, nicht an den von einem G.er als Kunden der G. inferirten Sachen, R 21. 42 (130).

[9]) Art. 120[1]. Die Bedeutung der generellen Pfandrechte ist bezüglich der Mobilien durch die R.Konk.O. erheblich verringert worden, Mandry civilr. Inh. d. Reichsges. (2. Aufl.) S. 341 f., 374. In Bezug auf Immobilien sind die Generalpfandrechte überall beseitigt, wo ein auf dem Grundsatz der Spezialität beruhendes Hypothekenrecht gilt, Stobbe D. Privatrecht II § 112.

[10]) Ein Unterschied besteht nur insofern, als diese Befugnisse seitens der Pfandgläubiger nach pfandrechtlichen Grundsätzen auszuüben sind.

[11]) Art. 120[2]. Jedoch werden die Rechte, welche an den von einem G.er in das Vermögen der G. eingebrachten Gegenständen bereits bestanden, durch die vorstehenden Bestimmungen nicht be-

Digitized by Google

nach bürgerlichem Recht als aufgehoben zu betrachten sind, durch die Einbringung der belasteten Gegenstände in das Gesellschaftsvermögen nicht beseitigt.[12])

Zusatz. Auch die franz., belg. und holländ. Jurisprudenz nehmen an, daß die persönlichen Gläubiger eines G.ers aus dem G.vermögen nur die ihrem Schuldner zustehende Dividende (die Zinsen fallen hier fort, oben S. 503) sowie den demselben bei der Liquidation zukommenden Betrag als Befriedigungsobjekt in Anspruch nehmen können, Pard. IV no. 975 (p. 28); Lyon no. 339; Namur II no. 878; Holtius 61. 103; Levy, het algem. duit. Handelswetb. zu Art. 119, 120. Aehnlich Italien 85 (früher 110), woselbst ausdrücklich auch die Beschlagnahme des dem G.er zustehenden Antheils am G.vermögen mit der angedeuteten Wirkung für zulässig erklärt wird. Lediglich auf das bei der Liquidation sich ergebende Guthaben verweist die Privatgläubiger der Wortlaut von Spanien 296, Portugal 743. In näherer Beziehung zum H.G.B. steht Ungarn 95; hier werden unsere Art. 119 und 120² zusammengefaßt, unser Art. 120¹ ist (mit Recht) fortgelassen. In Uebereinstimmung mit der dem G.er selbst gewährten Berechtigung (oben S. 503) ist auch seinen Privatgläubigern ein Anspruch auf das ihrem Schuldner zustehende Honorar ein-

---

rührt. „Die Rechte" sind die im ersten Abs. genannten Pfand- und Hypothekenrechte; die Vorzugsrechte (privilèges) des französischen Rechts, auf die in den Prot. S. 2524 hingewiesen wird, stehen denselben nur gleich, insoweit sie auch Dritten gegenüber wirksam (mit dem droit de suite versehen) sind; Zachariä franz. Civilr. 6. Aufl., herausg. von Puchelt Bd. 2 § 256 ff.; Stabel Inst. d. franz. Civilrechts § 230 ff.; Renaud S. 435 f. Auf bloße privilegia exigendi erstreckt sich der Vorbehalt des Art. 120² nicht, Bu. 8. 55 ff., 9. 439; Z 11. 555. Ueber die abnormen Bestimmungen in § 16 (und 52) des bremischen E.G.'s, die durch § 5 des Reichs-E.G.'s nur transitorisch aufrechterhalten sind, vgl. Post Entw. e. gem. d. und hansestadtbrem. Privatr. II S. 49, v. Hahn zu Art. 120 Anm. 1. Ebensowenig ist der obige Vorbehalt auf diejenigen Fälle anwendbar, in denen zur Zeit des Einbringens dem G.er gegenüber ein Anspruch auf Einräumung des Pfandrechts oder Hypothek (titulus), nicht dagegen das dingliche Recht selbst begründet ist, Noack Bu. 4. 209 f. Ob und in wie weit ein solcher Anspruch von der Hg. anzuerkennen ist, bestimmt sich nach den sonst bezüglich derartiger „Rechte zur Sache" anwendbaren Rechtsnormen. — Das dem Art. 120² zu Grunde liegende Prinzip gilt übrigens für alle dinglichen Rechte, die an den in die G. eingebrachten Gegenständen zur Zeit des Einbringens bereits bestehen.

[12]) Nicht ausgeschlossen ist durch Art. 120², daß auf Grund anderer Rechtssätze die Einbringung eines Gegenstandes in das G.vermögen das Erlöschen der an demselben bestehenden Rechte herbeiführt. Zu beachten ist hierbei, daß die Illation eine Veräußerung ist, daß aber, wenn der inferirende G.er von dem auf dem eingebrachten Gegenstande ruhenden dinglichen Recht Kenntniß hat, die G. sich nicht in gutem Glauben befindet, R. civ. 9. 32, oben S. 484; vgl. auch v. Hahn zu d. Art. — Das bremische E.G. § 15 gestattet eine Umschreibung der in die G. eingebrachten Grundstücke erst nach Reinigung derselben von allen handfestarischen Ansprüchen; dazu Post a. a. O.

Digitized by Google

geräumt. Mit letzterer Modifikation giebt auch Schweiz 569 unseren Art. 119 wieder, der folg. Art. enthält statt unseres Art. 120 die Bestimmung, daß das den Privatgläubigern zustehende Vorzugsrecht am Vermögen eines G.ers ebenfalls nur in vorgedachtem Sinn geltend gemacht werden könne. — Das englische Recht beruht, obwohl im Einzelnen streitig (there is much diversity of opinion on this subject Parsons p. 352), doch im Ganzen auf demselben Prinzip wie die festländische Rechtsentwicklung. Die Privatgläubiger eines G.ers können zwar dessen Antheil am G.vermögen (the interest of the debtor partner in the partnership property) mit Beschlag belegen, erlangen aber dadurch kein Recht auf die zum G.vermögen gehörigen Sachen, sondern nur auf dasjenige, was ihr Schuldner, sei es durante societate, sei es nach Auflösung der G., aus dem G.fond beanspruchen kann. Vgl. die ausführliche Erörterung bei Parsons ch. 10 sect. 2: on the suit, attachment and levy of a private creditor against a partner personally indebted to him.

Entwürfe s. Zus. II zu § 76.

§. 76.

δ. Kompensation.[1])

I. Gesellschaftsforderungen können weder ganz noch theilweise mit Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners kompensirt werden.[2]) Der Grund der Unstatthaftigkeit ist, daß, da die Forderungen der G. weder ganz noch theilweise im Sonderrecht der Gesellschaft stehen, es an der zur Kompensation erforderlichen Gegenseitigkeit fehlt.[3])

---

[1]) Treitschke S. 145, 150, 159; Morstadt § 20 S. 63; Brinckmann § 38 S. 141; Gelpcke in seiner Ztschr. II S. 32 ff., S. 55; Goldschmidt in Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 179 ff.; Thöl § 97, § 118 III (vierte Aufl. § 38. 5); Auerbach Gesellsch.wesen S. 60, 69; Handelsges. S. 96; Endemann H.R. § 38 III; Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 444 ff., 583 f.; Gareis S. 140 ff.; Lastig in Endem. Handb. I § 92; Renaud K.G. S. 229, 436 ff. — Nachweisungen aus der älteren Literatur und Rechtsprechung bei Brinckmann, Goldschmidt, Endem. und Dernburg. Nichtkompensabilität zwischen Forderungen der G. und Privatschulden eines G.ers wird bereits von Baldus und Casaregis angenommen. In Deutschland soll sich nach den Prot. 1138 das Reichskammergericht „in einem zur Zeit berühmten Prozeß über die Kompensation", den ich indeß nicht habe ermitteln können, zu diesem Grundsatz bekannt haben. In neuerer Zeit ist derselbe namentlich von Brinckmann und Gelpcke, vertreten worden, dagegen insbesondere Thöl (in den früheren Aufl.) und Goldschmidt.

[2]) Art. 121. Entstehungsgeschichte siehe Zusatz zu d. §.

[3]) Die obige aus der Selbständigkeit des G.vermögens entnommene Begründung entspricht der Auffassung des R.O.H.G.'s und des Reichsgerichts wie aller derer, welche der o. Hg. nicht den Charakter einer juristischen Person beimessen, v. Hahn zu Art. 121 und S. 384 f.; Römer Abh. S. 152, auch ein großer Theil

Digitized by Google

Demnach kann a) der wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommene Gesellschaftsschuldner nicht mit Privatforderungen an die einzelnen Gesellschafter, und ebensowenig[4]) b) der wegen einer Privatschuld belangte Gesellschafter mit einer Gesellschaftsforderung kompensiren.[5]) Beides ist unstatthaft, so lange die Gesellschaftsforderung sich im Gesammtrecht der Gesellschafter befindet, also nicht blos während des Bestehens, sondern auch nach Auflösung der Gesellschaft, so lange keine Ueberweisung an die einzelnen Gesellschafter stattgefunden hat.[6])

II. Der Grund der Unstatthaftigkeit fällt fort, wenn ein zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigter Gesellschafter über die Forderungen der Gesellschaft zum Zweck der Kompensation mit eigenen Verbindlichkeiten disponirt.[7]) Darin liegt eine ihm kraft seiner Ver-

---

der oben § 62[2], § 66[8] angef. Entsch. Die gekünstelte Annahme eines fingirten Verzichtes auf die Kompensation, von der die Prot. S. 1135 ausgehen und der Dernburg in der ersten Aufl. seines Werkes S. 400 gefolgt ist, dürfte kaum noch Anhänger haben. In der zweiten Aufl. leitet Dernburg die Bestimmung des Art. 121 aus der Rechtspersönlichkeit der o. Hg. ab. Aus der Selbständigkeit des G.vermögens folgt auch, daß gegen die Forderungen einer o. Hg. nicht mit den Forderungen an eine andere, wenngleich aus denselben Personen bestehende G. kompensirt werden kann, R 24. 47 (156); Bu 20, 88.

[4]) R 13. 95 (287); Bu 16. 170. 19. 45; Centralorgan N. F. Bd. 6 S. 183. Modifikationen der oben zu a und b aufgestellten Sätze s. im Folgenden.

[5]) v. Hahn zu d. Art. § 3; Renaud S. 439.

[6]) Art. 121 a. E. Nach Auflösung der G. ist sie (die Kompensation) zulässig, wenn und insoweit die G.forderung dem G.er bei der Auseinandersetzung überwiesen ist. Die Bestimmung ist überflüssig und wäre ebenso wie die Worte während des Bestehens der G. im vorhergehenden Satz besser fortgeblieben, da die Auflösung der G. keine Aenderung in Bezug auf Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit der Kompensation herbeiführt. Vgl. schweiz. Obl.recht im Zus. zu d. §. Dernburg S. 446; Anschütz, Komm. zu Art. 121. Gegen Dernburg polemisirt ohne Grund v. Hahn § 5.

[7]) Uebereinstimmend mit dem Folgenden Renaud S. 439; abweichend v. Hahn § 4; Lastig S. 396, z. Th. auch die Anm. 25 das. Angeff. Bei genauerer Betrachtung beschränkt sich indeß die Meinungsverschiedenheit auf ein sehr kleines Gebiet. Einverständniß besteht über die Zulässigkeit des oben bezeichneten Kompensationsvertrages, R 9. 117 (429). Ebenso nehmen Renaud und v. Hahn gleichmäßig an, daß der zur Vertretung der G. befugte G.er sich selbst eine G.forderung überweisen und alsdann mit derselben gegen eine Privatschuld kompensiren kann (s. folg. §). Danach bleiben nur zwei Fragen streitig: a) ob der wegen einer Privatschuld belangte G.er im Laufe des Prozesses die Erklärung, daß er sich als Vertreter der G. eine G.forderung überweise, mit der Verwendung derselben zur Kompensation verbinden könne. v. Hahn scheint dies zu bezweifeln,

Digitized by Google

tretungsbefugniß zustehende Verfügung über das Gesellschaftsvermögen, die dadurch nicht unstatthaft wird, daß sie im Interesse des Verfügenden erfolgt.[8]) Eine derartige Verfügung ist außerhalb des Prozesses möglich, indem der Gesellschafter mit seinem Privatgläubiger einen Kompensationsvertrag schließt, im Prozeß dadurch, daß er der Klage des Privatgläubigers Forderungen der Gesellschaft entgegensetzt oder auf die namens der Gesellschaft angestellte Klage die Gegenrechnung mit den gegen ihn persönlich zustehenden Forderungen zuläßt.

III. Statthaft ist die Kompensation mit Gesellschaftsforderungen, wenn der Gesellschafter nicht wegen einer Privat-, sondern wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen wird, da er im Fall der Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers aus seinem Privatvermögen der Gesellschaft gegenüber regreßberechtigt ist.[9]) Dagegen kann die Gesellschaft, wenn sie wegen einer Gesellschaftsschuld belangt wird, nicht mit Privatforderungen der einzelnen Gesellschafter kompensiren;[10]) ebensowenig kann der wegen einer Gesellschaftsschuld an-

---

die Zulässigkeit dürfte indeß keinen Anstand haben. b) ob die Kompensation auch ohne Ueberweisung statthaft ist. Diese Frage läßt sich allgemeiner dahin fassen, ob dem Vertreter die Kompensation mit einer Forderung des Vertretenen gegen eine eigene Verbindlichkeit gestattet ist. So gefaßt ist die Frage zu bejahen, falls den allgemeinen Erfordernissen der Stellvertretung genügt ist. Die Verfügung über die zur K. gestellte Forderung muß innerhalb der Vertretungsbefugniß liegen und es muß ersichtlich sein, daß die Verfügung im Namen des Vertretenen erfolgt. Im Prinzip übereinstimmend Dernburg § 46. Daraus ergiebt sich die Antwort in Bezug auf den G.er. Einer ausdrücklichen Erklärung desselben, daß er als Vertreter handle, bedarf es nach Art. 114[3] nicht. Abweichend von der im Text vertretenen Auffassung will R.civ. 10. 12 (47) die Kompensation des G.ers mit Forderungen der G. nur mit Zustimmung des Gläubigers (auf Grund eines Kompensationsvertrages) zulassen. Gegen die auf L 18 § 1 D. de compens. (16. 2) gestützte Begründung ist auf Dernburg § 45, 46 zu verweisen.

[8]) Falls keine Kollusion vorliegt, R 9. 117, oben § 52 Anm. 15; § 72 Anm. 10.

[9]) Anders Mot. zu Pr S. 63 a. E., 64. Die Kompensation steht in diesem Falle dem G.er kraft eigenen Rechts, also auch dann zu, wenn er von der Vertretungsbefugniß ausgeschlossen ist. Auch wird in diesem Falle die Befugniß, mit G.forderungen zu kompensiren, nicht durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts beseitigt, die Korreal- oder Gesammtschuldnern die Kompensation nur mit den ihnen selbst zustehenden Forderungen gestatten R 6. 19 (66). Ein die Gegenforderung verwerfendes Erk. macht, wenn der G.er nicht als Vertreter der G., sondern kraft eigenen Rechts aufgerechnet hat, nicht res judicata gegen die G., Renaud S. 438, Dernburg S. 448, 583 (z. Th. abweichend), v. Hahn § 8; Anschütz S. 263 f.

[10]) Uebereinstimmend mit dem Text R 6. 93 (419), v. Hahn zu Art. 121 § 7, auch S. 406 f.; Anschütz S. 264; Dernburg S. 447; Renaud S. 437.

Digitized by Google

gesprochene Gesellschafter Forderungen der Mitgesellschafter zur Kompensation stellen, da aus der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger weder der Gesellschaft gegen die Gesellschafter noch diesen gegen einander ein Regreßrecht erwächst.[11])

IV. Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft können den einzelnen Gesellschaftern gegenüber auch kompensationsweise geltend gemacht werden. Daher muß sich der Gesellschafter, der eine Privatforderung einklagt, die Kompensation mit Forderungen an die Gesellschaft gefallen lassen.[12]) [13])

Zusatz. Die fremden Gesetzbücher, mit Ausnahme von Ungarn und Schweiz, enthalten keine hierher gehörigen Bestimmungen. Die französische Jurisprudenz folgert aus der Rechtspersönlichkeit der o. Hg., daß weder der G.schuldner mit Privatforderungen an einen G.er, noch der wegen einer Privatschuld belangte G.er mit Forderungen der G., noch endlich die wegen einer G.schuld in Anspruch genommene G. mit Forderungen einzelner G.er kompensiren kann, Pard. IV no. 975; Massé IV no. 2318 ss.; Brav. Veyr. I p. 172; Lyon no. 286, 288. — Gleiches wird für Belgien und Italien anzunehmen sein, wo die Rechtspersönlichkeit der o. Hg. gesetzlich anerkannt ist. — In Betreff Hollands erklärt Levy het duitsche handelswetboek die Anwendbarkeit des in unserem Art. 121 ausgesprochenen Grundsatzes für sehr zweifelhaft, dafür Diephuis VII no. 967 (Holtius, de Wal, Kist schweigen). — Ungarn 96[1] stimmt inhaltlich mit dem H.G.B. überein; 96[2] erklärt für unzulässig die K. mit Privatforderungen der einzelnen Gesellschafter seitens der wegen einer G.schuld in Anspruch genommenen G., so lange die Forderungen nicht auf die G. übertragen sind (oben III.). — Schweiz 571[1,2] bezieht sich ebenfalls auf die durch unseren Art. 121 normirten Fälle; Abs. 3 bezeichnet die K. mit Verbindlichkeiten der G. gegenüber den einzelnen G.ern als statthaft, sofern die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des G.ers wegen der G.schuld erfüllt sind (oben S. 523).

Aus dem englischen Recht kann nur ein Zeugniß beigebracht werden. Nach

---

Abweichend namentlich Römer S. 165 f., falls man die G. nicht als juristische Person ansieht, oben § 74 Anm. 12. Daß die G. mit Forderungen der G.er kompensiren kann, wenn ihr dieselben überwiesen sind, bedarf kaum der Erwähnung. Ist eine solche Ueberweisung schon darin zu finden, daß der die G. im Prozeß vertretende G.er mit einer ihm zustehenden Forderung aufrechnet? Cl. u. A. 1. 72; Bu. 10. 208.

[11]) Wenigstens nicht durante societate. Dagegen kann ein Regreßanspruch nach Auflösung der G. begründet sein, R 12. 81 (251); v. Hahn § 8. c; Dernburg S. 440 f.

[12]) Bu. 24. 322; 39. 157; v. Hahn § 9; Renaud S. 439 und die Anm. 35 das. Genannten. Modifikation im Falle des G.konkurses unten § 83.

[13]) Die in diesem Paragraphen entwickelten Rechtssätze sind entsprechender Anwendung fähig auf die vertheidigungsweise Geltendmachung von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten, R 12. 81.

Digitized by Google

Smith p. 51 kann, wenn ein G.er in eigenem Namen Waaren der G. verkauft, zwar die G. auf den Kaufpreis klagen, aber der Käufer ist alsdann befugt, mit Privatforderungen an den verkaufenden G.er zu kompensiren, „denn das Vorhandensein dieser Forderungen hat ihn möglicherweise bestimmt, sich mit dem Verkäufer einzulassen." Aus der besonderen Hervorhebung dieses Falles und seiner Begründung ist zu entnehmen, daß das englische Recht im Uebrigen der K. zwischen Forderungen der G. und Privatforderungen an einen einzelnen G.er abgeneigt ist.

II. In Betreff der Vorlagen zu den im vorigen und in diesem § des H.G.B.'s erörterten Vorschriften des H.G.B.'s ist zu bemerken: Eine unserm Art. 119 ähnliche Bestimmung über die Privatgläubiger des G.ers findet sich W 230; Er 43; Or 90; Om 88; Pr 88. Die letztgedachte Bestimmung gelangte indeß in 1. Les., weil sie bis zur Berathung der Vorschriften über den Konkurs vertagt wurde, nicht zur Feststellung. Eine Bestimmung über die Kompensation enthielten W, Er und die österr. Entw. nicht. Pr 753 hatte nach dem Vorbild von § 98 der Preuß. Konk.O. „die K. dessen, was Jemand einer Hg. schuldet oder von ihr zu fordern hat, mit demjenigen, was derselbe von einzelnen Gesellschaftern zu fordern hat oder ihnen schuldet, in Ansehung des G.vermögens" ausgeschlossen. Die Bestimmung bezog sich indeß nur auf die K. im Konkurse (Mot. zu Pr S. 421) und ist wie das ganze fünfte Buch von Pr auf der N.C. ausgefallen. Ein in 2. Les. gestellter, unsere Art. 119—121 enthaltender Antrag wurde abgelehnt, aber in der von Preußen zur 3. Les. gemachten, durch die Circularnoten der drei verbündeten Regierungen als eine unumgängliche Aenderung von E.II bezeichneten Erinnerung 136 wieder aufgenommen, oben § 11 Anm. 28; Prot. 1027, 1133 ff.; 4520 ff.; 4638.

§ 77.

c. Gesellschafter als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft.[1]

Die einzelnen Gesellschafter können der Gesellschaft als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen.[2] Derartige Beziehungen ergeben sich zum Theil unmittelbar aus dem Gesellschaftsverhältniß,[3] können

[1]) Morstadt, S. 62; Gelpcke in seiner Zeitschr. H. 2 S. 33: Brinckmann § 38 II; v. Hahn in s. Komm. Bd. I (3. Aufl.) S. 465 ff.; Renaud K.G. S. 402. Vgl. auch die Literatur über Vertragsschluß des Stellvertreters mit sich selbst, oben S. 344 Anm. 3 und in diesem § Anm. 11.

[2]) Die Möglichkeit, daß rechtliche Beziehungen zwischen der G. und den einzelnen G.ern bestehen, beschränkt sich nicht auf Obligationen. Auch dingliche Rechte des G.ers an den zum Vermögen der G. gehörigen Sachen können begründet sein; Stobbe Handb. II (2. Aufl.) S. 214; Hartmann Rechte an eigener Sache in Ihering's Jahrb. Bd. 17 S. 69 ff.

[3]) Verpflichtung zur Leistung von Einlagen, Anspruch auf Zinsen und Gewinnantheile wie überhaupt alle Ansprüche aus dem inneren Verhältniß der o. Hg., aus denen Verpflichtungen oder Ansprüche bezüglich des G.fonds erwachsen, oben S. 471.

Digitized by Google

aber auch während der Dauer der Gesellschaft aus denselben Entstehungsgründen wie Nichtgesellschaftern gegenüber hervorgehen.[3a]) Insbesondere ist die Möglichkeit vorhanden, daß die Gesellschafter in Vertragsbeziehungen zur Gesellschaft treten, Kauf-, Mieths-, Darlehns- und andere Verträge mit ihr abschließen, daß Wechselverbindlichkeiten zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern begründet werden u. dgl. m.[4])

In allen solchen Fällen steht die Gesellschaft den Gesellschaftern als Einheit gegenüber;[5]) diese befinden sich hinsichtlich der Ansprüche an die Gesellschaft wie hinsichtlich der von der Gesellschaft gegen sie zu erhebenden Ansprüche in der Stellung dritter Personen, haben mithin als Gläubiger in gleicher Weise wie Nichtgesellschafter Anspruch auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen, als Schuldner an den Gesellschaftsfond zu leisten.[6]) Dagegen macht sich ihre Eigenschaft als Gesellschafter geltend, sofern aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften oder den sonstigen rechtsbegründenden Thatsachen Beziehungen zu den einzelnen Gesellschaftern hergeleitet werden. Namentlich kann der Gesellschafter als Gesellschaftsgläubiger dieselben nicht auf Grund des Art. 112 in Anspruch nehmen.[7])

In Zusammenhang hiermit steht, daß die Befugniß, Rechtsge-

[3a]) Oben S. 471.

[4]) Beispiele von Verträgen: Darlehn R 5. 46 (204); Z 7. 485; Kauf: Centralorg. N.F. Bd. 5 S. 219; Werkverdingung R. 21. 42 (129). Wechselverbindlichkeit namens der G. dem G.er gegenüber eingegangen: Seu. 11. 287; R. civ. 7. 38 (120). — Auch durch Sukzession (Beerbung, Cession) kann der G.er in die Stellung eines Gläubigers oder Schuldners zur G. kommen, vgl. z. B. Z 7. 486; unten Anm. 7.

[5]) Ueber die materielle Bedeutung dieser Einheit oben S. 469 Anm. 7.

[6]) R 5. 46 (204); 14. 51 (144); 21. 42 (130); Z 11. 528, 532; oben § 66 S. 469 zu Anm. 5. Geltendmachung der Ansprüche nach Auflösung der G. und während des G.konkurses unten §§ 82, 83.

[7]) Der G.er kann von den übrigen Mitgliedern der G. durante societate weder solidarische noch antheilsweise Befriedigung beanspruchen, oben S. 469. Uebereinstimmend v. Hahn, Renaud a. a. O.; R 13. 51 (144); Z 7. 485; 22. 283; Bu. 24. 317. Auch dann, wenn die Forderung von einem Dritten auf den G.er übergegangen ist, wird das G.verhältniß wirksam. Der G.er kann die seinem Rechtsvorgänger gegenüber begründete Haftung gegen die Mitgesellschafter nicht geltend machen. Geht dagegen eine Forderung an die Gesellschaft von einem Gesellschafter auf einen Nichtgesellschafter über, so erlangt der Rechtsnachfolger nicht mehr Rechte als dem Gesellschafter zugestanden, außer wenn es sich um einen Rechtserwerb handelt, bei welchem dem späteren Erwerber Einreden aus der Person des Vormannes nicht entgegengesetzt werden können.

Digitized by Google

schäfte einzugehen, durch welche die Gesellschaft den einzelnen Gesellschaftern verpflichtet wird, nicht nach den Grundsätzen von der Vertretung zu beurtheilen ist, sondern in den Bereich der Geschäftsführung fällt.[8]) Weder ist hier das Prinzip von der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß anwendbar, noch ist ein solches Geschäft, wenn von einem Gesellschafter innerhalb seiner Zuständigkeit zur Geschäftsführung eingegangen, deswegen für die Gesellschaft unverbindlich, weil derselbe von der Vertretungsbefugniß ausgeschlossen ist. In letzterer Hinsicht ist eine Ausnahme bezüglich der Geschäfte zu machen, bei denen der Gebrauch der Gesellschaftsfirma zu den Formerfordernissen gehört.[9]) Derartige Geschäfte verpflichten auch den Mitgliedern gegenüber die Gesellschaft nur dann, wenn die Zeichnung der Firma von einem zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter bewirkt ist. Indeß wirken auch in diesem Fall die in Bezug auf die Geschäftsführung gezogenen Schranken gegen die Gesellschafter, die aus solchen Erklärungen Rechte herleiten.[10])

Nach vorstehenden Grundsätzen bestimmt sich, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Wirkung ein Gesellschafter namens der Gesellschaft mit sich selbst kontrahiren kann.[11])

---

[8]) Im Wesentlichen übereinstimmend R 2. 6 (37); v. Hahn S. 467. Der entgegengesetzte, vom Reichsgericht R. civ. 7. 38 (120) vertretene Standpunkt beruht auf einer Verkennung des Begriffs der Stellvertretung. Die das. angef. Entsch. des R.O.H.G.'s, R 6. 27 (140) bietet keine Stütze für diese Auffassung dar.

[9]) Insbesondere Wechselverbindlichkeiten, oben Anm. 4, auch S. 511 zu Anm. 19.

[10]) Bei Ueberschreitung dieser Schranken ist eine unmittelbar gegen die Person des Klägers gerichtete Einrede begründet, die als exceptio doli auch dem späteren Erwerber gegenüber statthaft ist; W.O. 82; H.G.B. 302[2]; Seu. 11. 287.

[11]) Oben, § 49 Anm. 3 S. 344 f., dazu neuerdings R. civ. 6. 3 (11); 7. 31 (120); R. st. 9. 103 (337); v. Hahn Z 29. 2 f.; Lepa Selbsteintritt des Kommissionärs S. 226 ff. Das Reichsgericht und Lepa weichen in entgegengesetzter Richtung von der im § 49 vertretenen Auffassung ab. Lepa erklärt den Vertragsschluß mit sich selbst für unmöglich, weil eine an sich selbst gerichtete Willenserklärung undenkbar sei. Im Widerspruch hiermit steht indeß, daß Lepa Zahlungen des Vertreters an sich selbst für statthaft erachtet. Dieser Widerspruch wird auch nicht beseitigt, wenn man mit Lepa die Zahlung nicht zu den Verträgen rechnet, da sie doch jedenfalls eine Willenserklärung des Zahlenden ist. Das Reichsgericht will den Vertrag des Vertreters mit sich selbst in dem Umfang der Vertretungsbefugniß zulassen, ohne zu beachten, daß die Loslösung der Vertretungsbefugniß von dem Auftragsverhältniß zwischen Vertreter und Vertretenem (oben S. 351 f.) nur da einen Sinn hat, wo dem Vertreter wirklich eine dritte Person gegenübersteht.

Digitized by Google

Ebenso ergiebt sich hieraus, daß ein Gesellschafter der Gesellschaft auch als Prozeßpartei gegenüberstehen kann und daß dieselbe hierbei ebenso wie bei Prozessen mit dritten Personen durch die zu ihrer Vertretung ermächtigten Gesellschafter vertreten wird.[12]) Eine Benachtheiligung der übrigen Gesellschafter ist dadurch ausgeschlossen, daß ihnen die Befugniß zusteht, als Intervenienten in den Prozeß einzutreten.[13])

Zusatz. Die Möglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen der G. und den einzelnen G.ern wird auch von der fremden Jurisprudenz anerkannt, aber dabei regelmäßig Solidarhaft der G.er für die aus solchen Geschäften begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft angenommen, Pard. IV no. 975 (p. 26 s.); Lyon no. 323. 335; Bédarr. soc. I no. 167; Massé III no. 1960; Namur II no. 874; Vidari corso II no. 830. Eine (bezüglich der Solidarhaft) abweichende Entsch. bei Lyon no. 335[2]. Die Frage, ob ein G.er, der Gerant von zwei G.en ist, in dieser doppelten Eigenschaft mit sich selbst kontrahiren kann, hat der Pariser Kass.-Hof, ebenso wie das Reichsgericht, bejaht, Lyon no. 323[4]. — Ueber Prozesse zwischen der G. und den G.ern nach fremdem Recht s. oben S. 474. Was das. über die Statthaftigkeit solcher Prozesse in Betreff der aus dem inneren Verhältniß sich ergebenden Ansprüche bemerkt ist, gilt auch hinsichtlich der Ansprüche, die aus den von der G. mit den G.ern abgeschlossenen Rechtsgeschäften hervorgehen. Hinzuzufügen ist hier noch, daß nach englischem Recht Klagen der G. unter ihrer Firma sowie umgekehrt, ja sogar Klagen zwei verschiedener G.en, die ein gemeinsames Mitglied haben, unter ihren beiderseitigen Firmen gegen einander schlechthin unzulässig sind, aus dem formalen Grunde, weil in dem Klagerubrum die Angabe der G.er erforderlich ist und „Niemand sich selbst verklagen kann", Parsons p. 52, 289.

D. Beendigung.

§ 78.

a. Auflösung.[1])

I. Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft kann durch Ereignisse, die vom Willen der Gesellschafter unabhängig sind, durch

---

[12]) Nicht von den zur Geschäftsführung befugten, aber von der Vertretung ausgeschlossenen G.ern, da die G. als solche unter der Firma klagen und verklagt werden muß. Beispiele von Prozessen der G. mit den G.ern R 2. 6 (37); Seu. 20. 157.

[13]) Unterlassen sie dies, so werden sie das gegen die G. ergangene Erkenntniß insoweit gegen sich gelten lassen müssen, als dasselbe eine Verbindlichkeit der G. feststellt. Auf Grund des Art. 112 können die G.er auch im Fall eines die G. verurtheilenden Erkenntnisses von dem Mitgesellschafter nicht in Anspruch genommen werden.

[1]) Bender § 151; Martens, Heise § 24; Treitschke §§ 63—78; Brinckmann §§ 44—50; Fischer-Ellinger § 112 f.; Auerbach Gesellsch.w. S. 90 ff.; Handelsgesetz S. 125 ff.; Thöl § 98; Endem. § 46; Gareis § 30

Digitized by Google

den übereinstimmenden Willen sämmtlicher oder durch einseitiges Verlangen einzelner Gesellschafter herbeigeführt werden.[2])

II. Auflösungsgründe der ersten Art sind: Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen[3]), Tod eines Gesellschafters, Konkurs über das Vermögen einzelner Gesellschafter wie jede in der Person einzelner Gesellschafter eintretende Unfähigkeit zu selbständiger Vermögensverwaltung.[4])

Willensübereinstimmung bewirkt das Ende der Gesellschaft mit dem Eintritt des von vornherein festgesetzten Endtermins[5]) sowie im Fall einer nachträglich auf Auflösung gerichteten Uebereinkunft (dissociatio).[6]) Der Endtermin braucht nicht ein festbestimmter Zeitpunkt (dies certus an et quando), sondern kann auch ein ungewisses Ereigniß (Resolutivbedingung, dies incertus quando) sein.[7])

Durch einseitigen Rücktritt kann die Auflösung vermittelst der

---

(S. 147 ff.); Renaud K.G. §§ 63—69, 73; Lastig in Endem. Handb. I. § 93; Keyßner Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des A.D.H.G.B.'s Berlin 1870. S. 1—56.

2) Andere Eintheilungen der Auflösungsgründe bei Lastig Anm. 3.

3) Art. 123[1]; dazu unten § 83. Durch materielle Insolvenz wird die G. nicht aufgelöst, Bu. 22. 285. Aus dem bürgerlichen Recht vgl. L. 63 § 10 h. t.; Pr.L.R. I. 17. 191 f., 272; österr. G.B. 1205.

4) Art. 123[2], [3]. Tod und Verlust der Verfügungsfähigkeit bewirken die Auflösung der o. Hg. von dem Zeitpunkt, in welchem sie den übrigen G.ern bekannt geworden sind. Die Fälle, in denen Verlust der Verfügungsfähigkeit stattfindet, ergeben sich aus dem bürgerlichen Recht; der bei Einführung des H.G.B.'s in Preußen noch praktische Verlust während des Erstehens einer Zuchthausstrafe ist mit dem Preuß. Str.G.B. beseitigt. Verheirathung einer Gesellschafterin hat nicht ipso jure die Auflösung der G. zur Folge (H.G.B. Art. 8[1]), gewährt aber dem Ehemann die Befugniß, gegen die weitere Mitgliedschaft der Frau Einspruch zu erheben, oben S. 463[5]. Nach römischem Recht sind Tod, capitis deminutio magna und media ebenfalls Auflösungsgründe, dagegen nicht ohne Weiteres jeder sonstige Verlust der Verfügungsfähigkeit, L. 65 § 11 D.; L. 7 C. h. t.; Windscheid § 408; Treitschke § 67[6] (S. 185), §§ 70, 73. Vgl. Pr. L.R. I. 17. 274, 278; früher auch II. 8. 661; österr. G.B. 1206, 1210; sächs. G.B. 1383, 1385 Dresd. Entw.; — Fortsetzung der o. Hg. trotz Eintrittes eines Auflösungsgrundes s. folg. §.

5) Art. 123[5].

6) Art. 123[4]. Die Dissociation ist Handelsgeschäft, R 12. 108 (368), oben S. 136, und bedarf eben so wenig wie die Errichtung der o. Hg. einer bestimmten Form. Anders z. Th. nach den fremden Gesetzgebungen, s. Zus. I.

7) In E. I war dies ausdrücklich ausgesprochen; v. Hahn zu d. Art. § 9; Keyßner a. a. O. S. 32; Renaud S. 444 f.; Fortsetzung über den Endtermin hinaus s. folg. §.

Digitized by Google

Kündigung (renuntiatio), beim Vorhandensein wichtiger Gründe auch ohne solche herbeigeführt werden.[8]) Befugniß zur Kündigung haben die Gesellschafter nur bei den auf unbestimmte Dauer, d. h. nicht bis zu einem Endtermin in obigem Sinne eingegangenen Gesellschaften, die Privatgläubiger eines Gesellschafters nach fruchtloser Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen ihres Schuldners auch bei Gesellschaften von begrenzter Dauer.[9]) Gesellschaften anf Lebenszeit errichtet, gelten als Gesellschaften von unbestimmter Dauer.[10]) Erforderlich ist eine rechtzeitige, d. h. in Ermangelung anderweiter Verabredung spätestens sechs Monat vor Ablauf des Geschäftsjahres erklärte Kündigung.[11])

Ob wichtige Gründe vorliegen, die Auflösung zu fordern, hat im

---

[8]) Art. 123[6], 125.

[9]) Art. 126, Cl. u. A. 5. 787.

[10]) Art. 123[6] a. E. Ebenso nach römischem Recht, L 1 pr. D. h. t.; Treitschke S. 189, 195. Auslegung eines Vertrages, durch welchen eine auf sechs Jahr errichtete G. vor Ablauf dieses Zeitraums auf die Lebensdauer eines G.ers erstreckt wird, R 13. 132 (418).

[11]) Begriff der Kündigung R 10. 102 (434). Die K. muß sämmtlichen Mitgesellschaftern erklärt werden, die Erklärung kann auch durch Klageerhebung (sog. Kündigungsklage) geschehen. Die K. an sich enthält weder eine Anerkennung des rechtsgültigen Zustandekommens der G., noch einen Verzicht auf die Befugniß, das Rücktrittsrecht aus wichtigen Gründen geltend zu machen, daher kann sowohl die Kündigungsklage wie die Klage auf Grund einer stattgehabten K. mit dem Antrage, die Ungültigkeit des G.vertrages, bezw. die Auflösung der G. aus einem wichtigen Grunde auszusprechen, kumulirt werden, vgl. hierzu R 6. 22 (112); 10. 102 (433); Z 15. 254; Bu. 38. 295. — Die sechsmonatliche Kündigungsfrist, die auch von den Privatgläubigern der G.er einzuhalten ist, stammt aus dem Pr.L.R. II. 8. 668. Nach dem Vorbild des H.G.B.'s ist sie neuerdings in Ungarn und der Schweiz angenommen (Zus. zu d. §), ebenso in Dresd. Entw. 797. Die gesetzliche K.frist kann in Bezug auf die G.er, dagegen nicht in Bezug auf die Privatgläubiger derselben durch Vertrag geändert werden; Handelsgebräuche und Usancen kommen hier ebenso wenig in Betracht wie im Fall des Art. 61 (oben S. 330 f.). Ungültig würde auch in Bezug auf die G.er ein die K.frist übermäßig verlängerndes und damit die K.befugniß überhaupt illusorisch machendes Abkommen sein. Ist die K. dem Vertrag oder dem Gesetz entsprechend rechtzeitig erfolgt, so kann sie nicht wegen Intempestivität oder wegen mangelnder bona fides angefochten werden; auch können aus diesen Gründen keine Ersatzansprüche gegen die Kündigenden hergeleitet werden, denn qui jure suo utitur, neminen laedit; a. M. in letzterer Hinsicht Renaud S. 453 f. — Ob die verspätete K. als ganz unwirksam zu betrachten oder auf das nächste Geschäftsjahr zu beziehen ist, kann nur thatsächlich entschieden werden. Stillschweigende Entgegennahme einer verspäteten K. enthält keine Genehmigung derselben, R 12. 32 (102).

Digitized by Google

Streitfall der Richter nach freiem Ermessen zu bestimmen.[12]) Der maßgebende Gesichtspunkt ist: es müssen Umstände vorhanden sein, durch welche die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert ist, so daß es unbillig erscheint, den Gesellschafter wider seinen Willen an die Gesellschaft zu fesseln.[13]) Derartige Umstände können sich sowohl aus Ereignissen, welche unmittelbar die Gesellschaft betreffen, wie aus Thatsachen und Verhältnissen, die in der Person eines Gesellschafters begründet sind, ergeben. Die Veranlassung kann in beiden Fällen zufällig oder durch das Verschulden eines Gesellschafters herbeigeführt sein.[14]) Die im Gesetz bezeichneten Thatbestände enthalten nur eine Anleitung für das rich-

---

[12]) Art. 125 Abs. 2. Die wichtigen Gründe sind mittelbare Auflösungsgründe. Der unmittelbare Grund ist die die Auflösung fordernde Willenserklärung des G.ers. Aus der Fassung des Art. 125 ergiebt sich, daß das im Streitfall erforderliche Urtheil nicht die Auflösung der G. bewirken, sondern die erfolgte Auflösung feststellen soll. Sind wichtige Gründe im Sinne des Art. 125 vorhanden, so führt das Verlangen eines G.ers die Auflösung herbei. Das Verlangen kann auch in diesem Fall außergerichtlich oder gerichtlich (durch Klageerhebung) kundgegeben werden, ebenso ist es nach § 231 C.Pr.O. zulässig, daß zunächst nur auf die Feststellung des Vorhandenseins eines Auflösungsgrundes geklagt wird. Auch in dem letzterwähnten Fall aber wird die G. nicht durch das Urtheil, sondern durch das (spätere) Verlangen eines G.ers aufgelöst. Die Möglichkeit, auf welche v. Hahn zu d. Art. § 5 (3. Ausg. S. 481 f.) hinweist, der G.er könne sein Petitum auch darauf richten, daß die Auflösung durch den Richter ausgesprochen werde, so daß erst das rechtskräftige Erkenntniß die Beendigung der G. herbeiführe, entbehrt eines besonderen praktischen Interesses, aber auch der gesetzlichen Grundlage, weil das Verlangen der Auflösung unbedingt geäußert sein muß. Es ist demnach nicht zutreffend, wenn R 11. 87 (264) eine prinzipielle Abweichung des H.G.B.'s vom gemeinem Recht darin erblickt, daß ersteres eine Auflösungsklage kenne, während nach gemeinem Recht die Auflösung erfolge, „sobald die Erklärung, die G. aufzulösen, von einem G.er aus einem hierzu genügend erscheinenden Grunde abgegeben wird“. Was hier als gemeines Recht bezeichnet ist, entspricht auch dem H.G.B. Vgl. oben S. 300; Renaud S. 455; über das gemeine Recht Treitschke § 67[6], 71, 75 f.

[13]) v. Hahn zu d. Art. § 4; Renaud S. 459; R 18. 101 (397 f.); Z 8. 590, 591; 15. 254. Die Gründe, aus denen nach Art. 125 die Auflösung der G. verlangt werden kann, berechtigen auch zum Rücktritt vom Vertrage, ehe die G. in's Leben getreten ist, Bu. 15. 428. Ueber den Gerichtsstand für Klagen auf Grund des Art. 125 bestimmt C.Pr.O. 23, 29; früheres (preußisches) Recht R 21. 70 (224). —

[14]) Nach der Verschiedenheit des Auflösungsgrundes bestimmt sich, ob eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründet ist, R 17. 83 (367). Haben die G.er gegenseitig durch ihr Verhalten Grund zur Auflösung gegeben, so kann zwar

Digitized by Google

terliche Ermessen, keine erschöpfende oder unbedingt bindende Aufzählung der wichtigen Gründe.[15])

III. Die Auflösungsgründe wirken zunächst nur unter den Gesellschaftern.[16]) Dritten gegenüber ist die Auflösung eine befreiende

in Bezug auf die Verbindlichkeit zum Schadensersatz, nicht dagegen in Bezug auf die Auflösungsgründe selbst Kompensation eintreten, R 20. 71 (265); 24. 8 (308); Bu. 8. 212. Kondonirung eines zum Verlangen der Auflösung berechtigenden Fehltrittes folgt nicht nothwendig aus der Fortsetzung der G. R. 6. 22 (112).

[15]) Zur Erläuterung der im Art. 125 namhaft gemachten Auflösungsgründe vgl. im Allgemeinen v. Hahn § 7—14, Renaud S. 459 ff. — Aus der Praxis: Zu Nr. 1: Mangelnde Rentabilität, Verlust des erforderlichen Betriebskapitals R 12. 32 (102); Bu. 2. 175; 39. 325; Z 8. 592. — Zu Nr. 2: Nichtablieferung vereinnahmter Gelder, Nichteinsendung von Reiseberichten, Z 11. 565; Bu. 4. 96; 25. 294; Bethätigung unredlicher Gesinnung Z 8. 590 ff.; Erschütterung des Vertrauens R 9. 11 (32); Annahme von Gratifikationen seitens dritter Personen und dadurch hervorgerufener Verdacht der Bestechlichkeit R 13. 164 (185); Unredlichkeit des Ehemannes als Vertreter der G.erin Bu. 25. 379; auch v. Hahn S. 484 Anm. 14. — Zu Nr. 3: Nichtleistung der versprochenen Einlage R 10. 102 (436), vgl. auch Z 8. 593; Bu. 28. 373; Unterlassung der Aufnahme von Inventar und Bilanz R 20. 67 (244); Beurtheilung sonstiger Unregelmäßigkeiten in der Buchführung R 18. 101 (396); Abschluß von Geschäften, die über den gewöhnlichen Gewerbebetrieb der G. hinausgehen, dagegen nicht ohne Weiteres die Betheiligung an irgend einem anderen Geschäftsbetrieb Z 8. 593 f., Bu. 13. 182 f.; Unfleiß, Entziehung der Thätigkeit überhaupt Z 7. 463. 8. 590; Bu. 13. 185 f., vgl. auch Bu. 4. 96; 25. 294. — Zu Nr. 4: R 20. 71 (265); Z 11. 565, aber auch oben S. 509 Anm. 10. — Zu Nr. 5: Mangel technischer Fertigkeiten Z 8. 590; R 18. 101 (396). — Andere Auflösungsgründe, die sich aus der Handlungsweise der G.er gegen einander ergeben: Ehebruch mit der Frau des G.ers; Mißhandlung R 24. 81 (308); Thätlichkeiten, nachhaltige Kränkungen Bu. 8. 212, doch nicht immer Injurien R 11. 87 (265); Erhebung unbegründeter Klagen R 20. 71 (265). — Sonstiges dem G.zweck widersprechendes Verhalten Bu. 15. 429. Wegzug eines G.ers vom Sitz der G. Bu. 16. 86; Z 8. 594. Verschwiegene Armuth Z 7. 471 f. Verarmung v. Hahn § 15.

[16]) Die Frage, inwieweit die gesetzlichen Aufhebungsgründe dem vermittelnden Recht angehören, ist in folgender Weise zu beantworten: a) Ein Abkommen, durch welches einer nach dem Gesetz die Beendigung der G. herbeiführenden Thatsache diese Wirkung im Voraus entzogen wird, ist ausdrücklich nur in Betreff des Todes eines G.ers für statthaft erklärt (123¹). Zulässig ist ein solches Abkommen aber auch für den Fall, daß ein G.er die Fähigkeit zu selbstständiger Vermögensverwaltung verliert (123³) sowie hinsichtlich einzelner wichtiger Gründe, nur darf bezüglich dieser letzteren die Uebereinkunft weder mit Verbotsgesetzen, noch mit der guten Sitte, noch mit dem Wesen der o. Hg. in Widerspruch stehen (oben S. 332. — b) Eine Aenderung, nicht aber eine gänzliche Beseitigung der gesetzlichen Bestimmung ist möglich in Betreff der Kündigung (oben Anm. 11) — c) Alle Auflösungsgründe mit alleiniger Ausnahme des

Digitized by Google

und als solche der Veröffentlichung bedürftige Thatsache.[17]) Außer dem Fall des Gesellschaftskonkurses[18]) verordnet das H.G.B. für alle Fälle der Auflösung Eintragung in das Handelsregister und Bekanntmachung durch die öffentlichen Blätter seitens des Registerrichters.[19]) Die Anmeldung liegt sämmtlichen Gesellschaftern, bezw. den Erben verstorbener Gesellschafter ob.[20]) In Bezug auf die Wirkung der erfolgten, bezw. der nicht erfolgten Eintragung und Veröffentlichung entscheiden die oben § 39 S. 238 f. erörterten Grundsätze.[21])

G.konkurses sind insofern der Parteienwillkür unterworfen, als trotz ihres Eintrittes eine Fortsetzung der G. möglich ist, s. folg. §.

[17]) Oben § 39 S. 226, 238 f. Die Bedeutung der befreienden Thatsache besteht hier darin, daß nach der Auflösung keine Verbindlichkeiten der G. begründet werden können. Soweit diese Wirkung eintritt, betrifft sie sowohl die gegen die G. wie die gegen die einzelnen G.er erhobenen Ansprüche, R 21. 120 (371). Die Wirkung der Befreiung tritt, abgesehen von der relativen Richtigkeit (unten Anm. 21), nicht ein, wenn es sich um Verbindlichkeiten handelt, die zur Abwickelung von zur Zeit der Auflösung schwebenden Unternehmungen eingegangen sind, s. die folg. §§.

[18]) Die Mehrzahl der Landes-E.gesetze schreibt auch die Eintragung des G.konkurses in das Handelsregister, und zwar von Amtswegen vor. Benachrichtigung des Registerrichters von der Konkurseröffnung ist durch § 104 RKO. angeordnet, v. Hahn S. 496 Anm. 3; Renaud S. 503 ff., oben S. 234.

[19]) Art. 129[1]. Die Eintragung ist auch dann nothwendig, wenn die G. durch Eintritt des Endtermins aufgelöst wird, 129[2]; anders nach den meisten fremden Gesetzgebungen, Zus. a. E. d. §. Erforderlich ist Eintragung und Veröffentlichung der Auflösung; Angabe des Auflösungsgrundes ist nicht vorgeschrieben, aber zulässig; dagegen darf die Eintragung und Bekanntmachung auf die Mittheilung der die Auflösung herbeiführenden Thatsache beschränkt werden, R 21. 60 (93). Ueberhaupt nicht in das H.register gehört die Kündigung der o. Hg. Cl. u. A. 3. 392. Eintragung der Auflösung, wenn der G.vertrag aufgehoben wird, bevor die G. auch nur nach Innen zur Entstehung gelangt ist, R 22. 45 (301). Im Fall der Auflösung einer nicht registrirten G. ist zunächst die Eintragung der G. selbst erforderlich, R 22. 45 (204); 23. 29 (227), S. 239 Anm. 55.

[20]) R 21. 120. Zwang durch Ordnungsstrafen, Art. 129[4]. Ueber die Frage, ob die Auflösung eingetragen werden kann, wenn die Anmeldung nicht von sämmtlichen hierzu verpflichteten Personen bewirkt ist, oben S. 234 Anm. 39, anders Keyßner Bu. 5. 39; v. Hahn zu Art. 129 § 5; Renaud S. 506, vgl. auch Cl 2 u. A. 4. 639.

[21]) Kenntniß des Auflösungsgrundes steht der Kenntniß der Auflösung gleich, wenn nach Lage der Sache die Annahme der Fortsetzung der o. Hg. ausgeschlossen ist, R 19. 6 (21); 21. 60 (193); 21. 120 (370). v. Hahn zu Art. 129 § 6; Renaud S. 508. Die von einem G.er allein ausgehende Bekanntmachung ist in der Regel nicht ausreichend, um die Kenntniß des Dritten zu begründen, Bu. 41. 311, aber auch Z 7. 494 (früheres Recht).

Digitized by Google

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebung. Im französ. Recht — vgl. über dasselbe Pard. IV no. 1050—69; Bédarr. sociétés I no. 46—69; II no. 389 ss.; loi de 1867 II no. 616 ss.; Brav. Veyr. (éd. Demangeat) I p. 384 ss. Lyon I no. 547—61 — sind die Bestimmungen über die Auflösung der Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, Code civ. 1865—71 auch auf Handelsgesellschaften, insbesondere auf die o. Hg. anwendbar, Co. enthält nur eine hierher gehörige, auf die Publikation bezügliche Vorschrift im art. 46, die neuerdings durch art. 65 des G. v. 24. 7. 67 ersetzt worden ist. Als Auflösungsgründe bezeichnet der Code civ.: Eintritt des Endtermins, Untergang des Gegenstandes, Beendigung des gemeinschaftlichen Unternehmens, natürlichen oder bürgerlichen Tod (jetzt unpraktisch), Entmündigung (interdiction) und Zahlungsunfähigkeit (déconfiture) eines Gesellschafters, einseitigen Rücktritt. — Im Einzelnen ist zu bemerken: Mit dem Untergang des Gegenstandes (extinction de la chose) ist der Untergang der von einem Gesellschafter zu leistenden Einlage vor der thatsächlichen Einbringung gemeint. Auf den hiervon handelnden, bereits oben S. 486 erwähnten, wegen seiner Dunkelheit höchst verrufenen art. 1867 des Code civil (il n'y a pas dans toute notre législation d'article qui ait été jugé plus obscur et que l'on ait moins réussi à expliquer, Brav. Veyr. I p. 387) kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Der déconfiture des Nichtkaufmannes steht die faillite des Kaufmannes gleich; — gleichwohl ist bestritten, ob dieselbe ipso jure die Auflösung der G. herbeiführt oder nur den übrigen G.ern eine Rücktrittsbefugniß gewährt. Für die letztere Ansicht Pard. IV no. 1066, Brav. Veyr. p. 399, im entgegengesetzten Sinn Bédarr. no. 66 s., Lyon no. 557. Ein ähnlicher Streit besteht in Betreff der Auflösung wegen interdiction. Streitig ist auch, ob das Fallissement der G. selbst deren Auflösung bewirkt, verneinend Lyon a. a. O. — Kündigung ist bei G.en von ununbeschränkter Dauer, zu denen auch die G.en auf Lebenszeit gehören (art. 1844), statthaft, eine dieselbe ausschließende Uebereinkunft ist nach der herrschenden, obwohl nicht unbestrittenen Meinung unwirksam. Eine gesetzliche Kündigungsfrist besteht nicht; erforderlich ist nur, daß der Rücktritt den übrigen G.ern erklärt wird, sowie daß derselbe bona fide und nicht intempestive erfolgt. Aehnlich wie bei uns kann, wenn die G. auf bestimmte Dauer errichtet ist, der Rücktritt auf justes motifs gegründet werden, deren Beurtheilung richterlichem Ermessen anheimgegeben ist. Ein unserem Art. 126 entsprechendes Kündigungsrecht der Privatgläubiger ist nicht anerkannt. Publikation, und zwar in derselben Weise wie für die Errichtung der G., schreibt art. 61 des G. von 1867 nur vor, wenn die G. vor dem festgesetzten Endtermin (avant le terme fixé pour sa durée) aufgelöst wird. Im Fall der Unterlassung kann die Auflösung Dritten nicht entgegengesetzt werden. Der Eintritt des Endtermins wirkt unbestritten auch ohne Publikation Dritten gegenüber; dagegen ist die Behandlung der übrigen Auflösungsgründe sowohl in der Theorie wie in der Praxis sehr streitig; folgerichtig ist doch wohl, daß es für dieselben zwar der Publikation nach art. 61 cit. nicht bedarf, daß sie aber gegen Dritte erst vom Augenblick der Kenntniß an wirksam werden.

Die Auflösungsgründe des Code civil gelten auch in Belgien und Holland (hier b.G.B. 1683—88). In Betreff der Publizität vgl. belg. Co. revisé tit. 9 art. 12, holländ. H.G.B. 31. Dazu Namur II no. 1293 ss., 843 ss.; Holtius I bl. 125 vv.; de Wal I bl. 95 vv.; Kist III bl. 213 vv.

Digitized by Google

Spanien 329 enthält die in unserem Art. 123 zu 1—3, 5 u. 6 bezeichneten Auflösungsgründe; gegenseitige Uebereinkunft (unser 123[4]) ist nur, weil selbstverständlich die Auflösung bewirkend, nicht genannt. Dagegen werden Beendigung des gemeinsamen Unternehmens und gänzlicher Verlust des G.vermögens besonders hervorgehoben. Kündigung ist bei G.en von unbeschränkter Dauer statthaft; sie bedarf der Annahme seitens der übrigen G.er, die versagt werden kann, wenn sie mala fide erfolgt, d. h. um dem G.er einen besonderen, sonst der G. zufallenden Vortheil zu sichern. Eine gesetzliche K.frist giebt es nicht. Wichtige Gründe kennt das span. Gesetz nur behufs der Ausschließung eines Socius (art. 326 ss., s. Zusatz II. zu § 80). Publikation ist zur Wirksamkeit der Auflösung Dritten gegenüber stets erforderlich, wenn die Auflösung nicht zu dem im G.vertrag festgesetzten Termin stattfindet. — Portugal 693—703, 720—24. Auflösungsgründe: Ablauf der bestimmten Zeit; Uebereinkunft (muß bei schriftlich errichteten G.en ebenfalls in schriftlicher Form erfolgen); einseitiger Rücktritt bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer, wirkt von dem Augenblick, wo er der Mehrheit der übrigen G.er erklärt ist; Richterspruch bei G.en von bestimmter Dauer (wichtige Gründe); Tod, Geisteskrankheit, Fallissement eines G.ers; in Betreff des letzteren ist ausdrücklich bestimmt, daß auch der fallite G.er (bezw. seine Konkursmasse) die Auflösung verlangen kann. Die Auflösung wirkt Dritten gegenüber, wenn sie durch das H.register und die öffentlichen Blätter und überdies den Personen, die während des Bestehens der G. mit derselben in Geschäftsverbindung gestanden haben, durch besondere Mittheilung bekannt gemacht ist. Die Auflösung einer Bankgesellschaft kann nach art. 724 denen, die mit derselben in Chequeverkehr gestanden haben, durch eine Aenderung der Chequeformulare kundgegeben werden. — Italien 189 ss. (früher 166, 163) kennt allen H.gen gemeinsame und speziell für die o. Hg. wirksame Auflösungsgründe. Alle H.gen werden aufgelöst durch den Ablauf der bestimmten Zeit, Wegfall des Gegenstandes, Beendigung des gemeinsamen Unternehmens, Fallissement der G.; gänzlichen, unter Umständen auch theilweisen Verlust des G.fonds, Beschluß der G.er, Fusion. Die Auflösung der o. Hg. insbesondere wird in Ermangelung einer entgegenstehenden Uebereinkunft durch Tod, Entmündigung, Fallissement eines G.ers herbeigeführt. Hervorzuheben ist, daß der einseitige Rücktritt nicht als Auflösungsgrund figurirt, wobei zu bemerken ist, daß das ital. H.G.B. Gesellschaften von unbeschränkter Dauer überhaupt nicht und wichtige Gründe nur insofern gelten läßt, als sie zur Ausschließung eines G.ers führen können. Publikation ist nach art. 97 in den Fällen vorzeitiger Auflösung und der Fusion erforderlich. Im ersten Fall tritt die Wirkung der Auflösung Dritten gegenüber erst einen Monat nach der Publikation ein (art. 103). — Vgl. Vidari corso III no. 1074—94.

Ungarn 98—101; Schweiz 545—47; 572—74, 579 stimmen im Wesentlichen mit dem D.H.G.B. überein. Unsere Auflösung aus wichtigen Gründen wird Ungarn 98[5] Auflösung durch gerichtlichen Beschluß genannt, scheint mithin stets ein Urtheil vorauszusetzen. Die ordnungsmäßig erfolgte Publikation wirkt nach dem ungar. G.B. den das. aufgestellten allgemeinen Grundsätzen entsprechend (oben S. 242) Dritten gegenüber unbedingt; nach Art. 863 des schweiz. Obl.R's von dem Zeitpunkt an, in welchem die amtliche Bekanntmachung der Eintragung zur Kenntniß des Dritten gelangt sein kann.

Digitized by Google

Ueber das dem festländischen sich anschließende englische Recht vgl. Smith p. 25; Levy intern. comm. law I p. 91 s. Bemerkenswerth ist, daß Wahnsinn des G.ers kein ipso jure wirkender Auflösungsgrund ist. Dagegen führte nach bisherigem Recht die Verheirathung einer G.erin ipso jure die Beendigung der G. herbei. In Folge der neuen Gesetzgebung (the married woman's property act 18. 8. 82) ist dieser Grund weggefallen. Dritten gegenüber wird die Auflösung erst durch gehörige Benachrichtigung (proper notice) wirksam. Dazu ist Mittheilung an die bekannten Geschäftsfreunde und wegen der unbekannten Interessenten Veröffentlichung in der Staatszeitung (Gazette) erforderlich.

II. Entwürfe W 216 und Er Tit. 3 Art. 45—48 geben im Allgemeinen die Auflösungsgründe des franzöſ. Rechts wieder; die Abweichungen betreffen namentlich die Auflösung durch Untergang der Sache, die in beiden Entw. modifizirt ist, und den einseitigen Rücktritt, der in W aus denselben Gründen wie im italien. Recht nicht das Ende der G. herbeiführt (vgl. Mot. zu W S. 196). Bekannt zu machen ist nach W 190 und Er 13 nur die Auflösung vor Ablauf der festgesetzten Zeit.

Pr 118—123 enthält bereits dieselben Auflösungsgründe wie das H.G.B., nur muß die Auflösung durch gegenseitige Uebereinkunft mittelst schriftlicher Urkunde erfolgen. Die Eintragung in das H.register ist für alle Fälle der Auflösung vorgeschrieben; außerdem kann jeder G.er eine Erklärung über die Auflösung eintragen lassen, muß aber, wenn dieselbe eine unrechtmäßige war, für den Schaden aufkommen. — Bereits in 1. Les. sind die vom H.G.B. abweichenden Bestimmungen beseitigt worden. E.I 118—123; E.II 119—124.

Die österr. Entwürfe, Om 92, Or 93, bestimmen nur über die Kundmachung der vor Ablauf der festgesetzten Zeit eintretenden Auflösung.

§ 79.

Fortgesetzte Handelsgesellschaft.[1]

Gleich der römischen Societät ist die offene Handelsgesellschaft ein auf die Persönlichkeit der einzelnen Mitglieder gegründetes Rechtsverhältniß. Daher ist auch bei ihr die Mitgliedschaft weder unter Lebenden übertragbar noch vererblich. Ebenso wird die Persönlichkeit jedes einzelnen Gesellschafters als wesentlich für den Bestand der Gesellschaft betrachtet, demnach durch den Wegfall auch nur eines Mitgliedes die Gesellschaft selbst aufgelöst.

Abweichend vom römischen Recht[2]) ist aber, daß das Prinzip wie

[1]) Martens, Heise § 24; Brinckmann §§ 44, 50; Treitschke §§ 66, 72—74; Fischer-Ellinger § 112 ff.; Auerbach Gesellsch. S. 92, 95, 105; Handelsges. S. 126 f.; Gad § 29; Endemann § 46; Thöl §§ 98, 101, 120; Gareis § 30; Lastig in Endem. Handbuch I § 93; Renaud Kommanditgesellschaft §§ 64, 67; Keyßner Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des D.H.G.B.'s Berlin 1870; Abhandlungen von Anschütz: Bu. 12. 75; v. Krämel: Bu. 13. 388; auch 4. 49; Maßen: Bu. 5. 69.

[2]) Für die obige Ansicht, daß nach römischem Recht bei jeder Veränderung im Personenstand der Gesellschafter nothwendig eine Unterbrechung in der Kon-

Digitized by Google

seine Folgesätze nur dem vermittelnden Recht angehören. Insbesondere[3]) kann durch eine im Gesellschaftsvertrag enthaltene oder nachträglich getroffene Uebereinkunft bestimmt sein, daß a) die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden soll,[4]) und zwar ist ein solches Uebereinkommen sowohl im Sinne eines den Erben vorbehaltenen Rechts wie einer ihnen auferlegten

tinuität der Gesellschaft eintritt: Windscheid § 408; Treitschke §§ 72, 74; Heise a. a. O. — Nach Preußischem Recht hat der Tod eines G.ers nur dann einen Einfluß auf das G.verhältniß, wenn die G. auf den Betrieb eines gemeinschaftlichen Geschäfts gerichtet war und der Verstorbene thätigen Antheil hieran genommen hatte. Auch in diesem Fall aber bewirkt der Tod nicht die Auflösung der G., sondern begründet nur eine Rücktrittsbefugniß für die Erben wie für die überlebenden G.er, falls nicht im G.vertrag der Verbleib der Erben in der Societät angeordnet ist. Bei H.gesellschaften konnte der Rücktritt nur mit Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen. Fortsetzung der Gesellschaft nach dem Wegfall (Austritt oder Ausschließung) eines G.ers ist zulässig. A.L.R. I. 17. 278 ff.; 291—293; II. 8. 658—670; dazu Dernburg II § 222; Förster-Eccius II. 410 f., 414; Treitschke S. 198 ff. — Nach österr. Recht gehen die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten in der Regel nicht auf die Erben eines Mitgliedes über; stirbt einer von mehreren Gesellschaftern, so wird vermuthet, daß die übrigen die Gesellschaft unter sich fortsetzen wollen. Auch sonst kann die G. nach dem Austritt oder der Ausschließung eines von mehreren G.ern unter den übrigen bestehen bleiben, b.G.B. 1206 ff. — Das sächs. G.B. nimmt beim Tode eines G.ers Erlöschen der G. an, wenn nicht der Uebergang auf die Erben verabredet ist. Setzen beim Wegfall eines G.ers die übrigen die G. fort, so wird dies, wenn nichts Anderes bestimmt ist, als eine neue G. angesehen, §§ 1383, 1386. — Nach franz. R. ist die Abrede zulässig, daß die G. nach dem Tode eines G.ers mit dessen Erben, wie auch daß sie allein unter den überlebenden G.ern fortgesetzt werden soll. Ebenso ist auch der Fortbestand nach dem Austritt eines G.ers möglich, Co. 1868; vgl. Zus. II, III.

[3]) Eintritt eines neuen G.ers, Uebertragung der Mitgliedschaft mit Zustimmung sämmtlicher G.er oben S. 479 Anm. 16, 17; auch Bu. 23. 244. Wirkung nach Außen oben S. 520. Nach römischem Recht wird auch in diesem Fall die alte G. stets für aufgelöst erachtet und das Vorhandensein einer neuen G. angenommen.

[4]) Art. 123[2]. Zulässigkeit der Bestimmung, daß den Erben eines verstorbenen G.ers gestattet sein soll, einen Miterben als G.er zu präsentiren, R.civ. 2. 10 (33). Eine Uebereinkunft, daß „ein Legatar oder ein Dritter, welcher weder Erbe noch Legatar, an der Stelle des Verstorbenen eintreten solle" (v. Hahn), ist nur statthaft, insofern die G.er sich durch ein solches Abkommen nicht zur Aufnahme einer völlig unbestimmten Person verpflichten, S. 479 Anm. 16. — Die Verabredung kann auch darauf gerichtet sein, daß die G. unter den überlebenden G.ern fortgesetzt werden soll. Art. 123[2] erwähnt zwar eine derartige Uebereinkunft nicht; ihre Statthaftigkeit ergiebt sich aber aus dem zu b) Bemerkten.

Digitized by Google

Verpflichtung statthaft;[5]) b) daß die Gesellschaft nach dem Wegfall einzelner Mitglieder unter den übrigen erhalten bleiben soll.[6]) In den Fällen, in denen die Ausschließung eines Gesellschafters verlangt werden kann (§ 80), genügt hierzu das Einverständniß der dem Auszuschließenden gegenüberstehenden Mitglieder.[7])

Das auf die Fortsetzung gerichtete Abkommen kann, auch nachdem die Auflösung bereits eingetreten ist, getroffen werden.[8]) Aber auch die aus anderen Gründen als durch Tod oder Wegfall einzelner Mitglieder herbeigeführte Auflösung kann durch den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter wiederum rückgängig gemacht werden.[9])

---

[5]) Vor dem H.G.B. neigten auch diejenigen gemeinrechtlichen Schriftsteller, welche die Fortsetzung der G. mit den Erben des verstorbenen G.ers für zulässig erachteten, dazu, nur die Möglichkeit eines den Erben vorzubehaltenden Rechts, nicht einer ihnen aufzuerlegenden Verpflichtung anzuerkennen, Brinckmann § 50; Treitschke § 72 S. 197 f. Ebenso neuerdings Lastig a. a. O. S. 413. Nimmt man aber die Statthaftigkeit einer Vererbung des Societätsverhältnisses überhaupt an, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Erben nicht auch zum Eintritt in die G. sollten verpflichtet werden können; unter welchen Voraussetzungen die Verbindlichkeit für die Erben entsteht, bestimmt sich nach erbrechtlichen Grundsätzen, v. Hahn zu Art. 123 § 6; R.civ. 2. 10 (30). Ausdrücklich für zulässig erklärt ist die Auferlegung einer derartigen Verpflichtung im preußischen, österreichischen und französischen Recht, Pr.L.R. I. 17. 282; II. 8. 661; österr. b.G.B. 1208; Code civ. 1868. (Nach österr. Recht können die Erben, aber nicht die Erbeserben zur Fortsetzung verpflichtet werden.) Ueber die verschiedenen Bedeutungen, die das Abkommen, daß die Erben in der Societät verbleiben sollen, haben kann, v. Hahn § 5. Der Universalerbe, der nach dem Tod des Erblassers in eine o.Hg. eintritt, kann sich, wegen der Geschäftsschulden aus der Zeit des Erblassers in Anspruch genommen, nicht auf die Benefizialerbenqualität berufen, Bu. 23. 243. Einfluß der Inofficiositätsquerel auf die Befugniß der Erben zum Eintritt in die G. nach Preuß. Recht. Möglichkeit der Fortsetzung, obwohl die Personen der Erben noch nicht feststehen, Makower in Gruchot Beitr. Bd. 21 S. 863 f.

[6]) Zulässig ist insbesondere eine im G.vertrag enthaltene Bestimmung, wonach die G., falls einer der G.er die Befugniß zu selbständiger Vermögensverwaltung verliert oder in Konkurs verfällt, von den übrigen G.ern fortgesetzt werden soll, wenngleich die gedachten Thatsachen keine Ausschließungsgründe sind (unten §. 80 Anm. 5); vgl. hierzu Keyßner S. 23 ff. Darin, daß die Austrittserklärung eines G.ers von den übrigen acceptirt wird, ist noch kein Abkommen über den Fortbestand der G. zu finden, Bu. 9. 439.

[7]) Vgl. hierzu den folg. §.

[8]) Hierzu und zum Folgenden außer der Anm. 1 angef. Literatur namentlich v. Hahn zu Art. 123 § 2, auch Z 15. 255 und oben S. 543 Anm. 16. Das H.G.B. erwähnt die Fortsetzung der G. nach eingetretener Auflösung nur in dem Fall einer stillschweigenden Verlängerung über den verabredeten Endtermin, Art. 123[5].

[9]) Die vereinzelt in der Praxis hervorgetretene entgegenstehende Ansicht beruht

Digitized by Google

Eine Ausnahme macht nur der Gesellschaftskonkurs, insofern die Aufhebung desselben nicht allein vom Willen der Gesellschafter abhängt.[10]) Dagegen wird die Fortsetzung der Gesellschaft weder dadurch gehindert, daß die Auflösung in das Handelsregister eingetragen, noch dadurch, daß die Gesellschaft in Liquidation getreten ist;[11]) sie ist möglich, so lange das Gesellschaftsgeschäft thatsächlich existirt.[12])

---

auf der unrichtigen Annahme, daß die Liquidation eine nothwendige Folge der Auflösung sei; hierüber unten § 81. Im Fall des Konkurses über das Vermögen eines G.ers kann die Fortsetzung der G. seitens der übrigen G.er auch nach der Konkurseröffnung durch ein mit dem Verwalter zu schließendes Abkommen erreicht werden.

[10]) R.Konk.O. § 188 f. Ist zur Zeit, wo das Verfahren eingestellt wird, das Gesellschaftsgeschäft noch thatsächlich vorhanden, so steht auch einer Fortsetzung der Gesellschaft nichts entgegen; insoweit bedarf das oben S. 543 Anm. 16 in Betreff des G.konkurses Bemerkte einer Einschränkung.

[11]) Renaud S. 447 f. meint, eine Fortsetzung der G. ohne Unterbrechung der Kontinuität sei nur möglich, so lange nicht Handlungen vorliegen, welche, wie der Beginn der Liquidation oder die Anmeldung der Auflösung bei Gericht, die Absicht bekunden, den alten Verein als aufgelöst zu betrachten. Wenn eine solche Absicht nach Eintritt des Auflösungsgrundes auch nur seitens eines G.ers kundgegeben sei, so seien die Wirkungen der Auflösung zwar bezüglich des inneren Verhältnisses der G.er, nicht aber für das Verhältniß der Societät zu Dritten rückgängig zu machen. Renaud zieht hieraus zwei Konsequenzen: a) die Gläubiger der alten G. seien nicht genöthigt, sich in Betreff des Fonds derselben eine Konkurrenz mit den Gläubigern des neuen Vereines gefallen zu lassen. b) Die Privatgläubiger eines Theilhabers der alten G. seien befugt, Behufs ihrer Befriedigung in dasjenige zu exequiren, was aus dem Vermögen dieses Vereines ihrem Schuldner zukomme, ohne zuvor die Auflösung des neuen Vereines herbeiführen zu müssen. In beiden Fällen sind die Ergebnisse ebenso unrichtig wie die Prämisse. Außer dem Fall des Konkurses haben die zur Zeit der Auflösung vorhandenen G.gläubiger keinerlei Anspruch darauf, daß ihnen das derzeitige G.vermögen als Exekutionsobjekt erhalten bleibe, und sie können schon aus diesem Grunde keinen Einspruch erheben, wenn dasselbe zur Fortsetzung des G.geschäfts verwendet wird. Aehnlich liegt die Sache im zweiten Fall. So wenig die Privatgläubiger eines Mitgliedes der aufgelösten G. verhindern können, daß ihr Schuldner das, was ihm bei Auflösung der G. zukommt, in eine ganz neue G. einlegt, ebenso wenig können sie verhindern, daß er hiermit in der fortgesetzten G. verbleibe. Anders, wenn sie, bevor die Fortsetzung der G. ins Leben getreten ist, die Exekution in das ihrem Schuldner bei der Auflösung zukommende Guthaben verwirkt haben. Alsdann ist bezüglich ihrer nicht mehr res integra vorhanden, vgl. folg. Anm.

[12]) Ob dies der Fall ist, wird nach den oben § 37 S. 211 hervorgehobenen Gesichtspunkten zu bestimmen sein. Solange die Veräußerung des Geschäfts möglich ist, kann trotz der von Rechtswegen eingetretenen Auflösung auch eine Fortsetzung der Gesellschaft stattfinden. Im Wesentlichen übereinstimmend Anschütz: Bu. 12. 76; Krämel: Bu. 13. 400; Keyßner a. a. O. S. 16 u. 5.

Digitized by Google

Die fortgesetzte Gesellschaft gilt rechtlich als dieselbe wie die ursprüngliche. In Folge dessen gehen die äußeren Beziehungen der ursprünglichen unverändert auf die fortgesetzte Gesellschaft über.[13]) In der Regel bleibt auch das Verhältniß der Gesellschafter zu einander unverändert, doch sind Aenderungen hierin nicht ausgeschlossen; sie können sich nicht blos aus einer Uebereinkunft ergeben, sondern auch durch die Natur der Sache bedingt sein.[14]) Gesetzlich bestimmt ist, daß eine über den verabredeten Endtermin hinaus verlängerte Gesellschaft fortan als auf unbestimmte Zeit eingegangen anzusehen ist.[15])

Hinsichtlich der Befugniß, für die fortgesetzte Gesellschaft die ursprüngliche Firma beizubehalten, entscheiden die oben S. 40 V (S. 257 ff.) erörterten Grundsätze.[16])

---

[13]) Es ist vielleicht nicht ganz korrekt, von einem Uebergang der äußeren Beziehungen auf die fortgesetzte G. zu sprechen, da im Fall der Fortsetzung gar keine Unterbrechung angenommen wird. Indeß liegt hierin unter Umständen doch eine Fiktion. Der Eintritt findet in alle diejenigen rechtlichen Beziehungen statt, in denen sich die G. zur Zeit der Fortsetzung befindet, dies ist eine nothwendige Folge der Identität der fortgesetzten mit der ursprünglichen G. Die Frage, ob eine fortgesetzte oder eine neue Hg. vorliegt, ist rein thatsächlicher Natur; die Vermuthungen des bürgerlichen Rechts (oben Anm. 2) sind auf die o. Hg. nicht anwendbar. Erheblich ist die Unterscheidung namentlich insofern, als im ersten Fall die G.er sich den Gläubigern der ursprünglichen G. gegenüber nicht auf die Verjährung des Art. 146 berufen können, wenngleich die Auflösung in das H.register eingetragen sein sollte.

[14]) Unveränderter Fortbestand der inneren Beziehungen gehört nicht zum Wesen der fortgesetzten G.; die G.er können dieselben durante societate jederzeit, also auch im Augenblick der Fortsetzung vertragsmäßig ändern. In gewissen Fällen wird auch ohne besondere Uebereinkunft eine Aenderung als der Absicht der Kontrahenten, bezw. der Natur der Sache entsprechend anzusehen sein. So kann in Folge des Wegfalles eines G.ers das frühere Abkommen in Betreff der Gewinnvertheilung unanwendbar geworden sein, Bu. 3. 392. Das Gleiche gilt von den Abreden über die Befugniß zur Geschäftsführung. Die Annahme, daß bei einer Fortsetzung mit den Erben des verstorbenen G.ers die letzteren in dieser Hinsicht die Stellung ihres Erblassers einzunehmen haben, ist nicht allgemein zutreffend. Auch hinsichtlich der Vertretungsbefugniß kommt die Intention, die dem auf Fortsetzung der G. gerichteten Uebereinkommen zu Grunde liegt, insoweit zur Geltung, als es sich um die Frage handelt, ob sich die Erben des verstorbenen G.ers die Ausschließung von der Vertretung, bezw. die Anordnung, daß sie nur insgesammt zur Vertretung befugt sein sollen, gefallen lassen müssen. Vgl. hierzu Lastig S. 413; Anschütz: Bu. 12. 79 f.; Keyßner S. 22.

[15]) Art. 123 [5]. Vgl. hierzu namentlich die Abhandl. von Anschütz, der mit Recht an die Analogie der relocatio erinnert; auch Treitschke § 66.

[16]) Identität der Firma braucht demnach nicht in allen Fällen der fortgesetzten G. vorhanden zu sein, so namentlich wenn ein G.er ausscheidet, dessen Name in

Digitized by Google

Der Fortsetzungsbeschluß ist an keine bestimmte Form geknüpft, kann sich mithin auch aus dem thatsächlichen Verhalten der Gesellschafter,[17]) insbesondere aus der stillschweigenden Fortsetzung des Gesellschaftsgeschäfts ergeben.[17a]) Anmeldung und Eintragung beim Handelsregister ist in den Fällen der fortgesetzten Gesellschaft nur insofern erforderlich, als die der Fortsetzung zu Grunde liegenden Thatsachen an sich hierzu Veranlassung geben.[18])

Zusatz. I. Stillschweigende Fortsetzung der G. über den im G.vertrag festgesetzten Endtermin ist nach den Gesetzgebungen ausgeschlossen, die für die Errichtung der G. bestimmte Formen vorschreiben. Der Verlängerungsbeschluß muß nach denselben in den Formen des G.vertrages zu Stande kommen und publizirt werden, widrigenfalls die fortgesetzte G. dieselbe unvollkommene Existenz hat wie eine der gehörigen Errichtungsform ermangelnde. Co. 46, jetzt franz. G. v. 24. Juli 1867 art. 61, vgl. auch code civ. 1866; Holland 31; Spanien 331; Portugal 595, 602; Belgien Tit. 9 art. 12; Italien 96, 190; — von den Entw. W 190; Er Tit. 3 Art. 13—15; Pr 95; Om 92; Or 93. Dagegen stimmen Schweiz 572, 545[5] und Ungarn 98[6] wie in Bezug auf die Formlosigkeit der Errichtung, so auch bezüglich der Möglichkeit einer stillschweigenden Fortsetzung mit dem H.G.B. überein. Ebenso E.I 118[5]; E.II 119[5]. — Auch das englische Recht gehört hierher. Dasselbe gestattet ebenfalls stillschweigende Verlängerung

der F. enthalten ist. Art. 24[2]. Andererseits kann es für die Befugniß zur Beibehaltung der früheren Firma von Bedeutung sein, ob eine fortgesetzte oder eine neue G. vorliegt, wenn die Firma der aufgelösten G. nicht den Erfordernissen des Art. 17 entsprach; oben S. 259. Vgl. auch Renaud S. 494 f.

[17]) Aehnlich wie beim Beginn ist auch bei der Fortsetzung der G. das auf die Fortsetzung gerichtete Uebereinkommen von der äußeren Kundgebung desselben zu unterscheiden. Das Uebereinkommen kann formlos, also auch durch konkludente Handlungen erfolgen, und zwar auch durch Handlungen, die sich als bloße Interna darstellen, z. B. eine von den übrigen G.ern zugelassene Einmischung der Erben in die Geschäftsführung. Nach Außen liegt eine thatsächliche Fortsetzung der G. im Allgemeinen unter denselben Voraussetzungen vor, unter denen thatsächlicher Beginn der H.geschäfte anzunehmen ist. Zu beachten ist indeß, daß nicht jeder Geschäftsabschluß, der nach Eintritt der Auflösung namens der G. stattfindet, auf die Absicht, die G. fortzusetzen, schließen läßt, namentlich nicht der Abschluß bloßer Abwickelungsgeschäfte. Vgl. hierzu Anschütz in der angef. Abh.; Renaud S. 448 f. — Daraus daß das H.G.B. die stillschweigende Fortsetzung der G. nur im Fall der Verlängerung über den verabredeten Endtermin erwähnt (oben Anm. 8), folgt nicht, daß die Möglichkeit einer solchen in anderen Fällen nicht ausgeschlossen ist.

[17a]) Wer wie Laband Z 30. 525 f. die Errichtung der o. Hg. durch einen sog. stillschweigenden Vertrag für undenkbar erklärt, wird sich auch entschließen müssen, das Gleiche in Betreff der Fortsetzung anzunehmen.

[18]) Renaud C.G. S. 450. Anmeldung und Eintragung ist hiernach, abgesehen von einer Aenderung in der Person der Socien (§ 80), dann erforderlich, wenn durch die Fortsetzung die bereits eingetragene Auflösung rückgängig gemacht wird.

Digitized by Google

der G. und betrachtet gleich dem H.G.B. die fortgesetzte G. nach Eintritt des verabredeten Endtermins als G. von unbestimmter Dauer, falls kein anderer Wille der G.er ersichtlich ist; Smith p. 25; Levy internat. comm. law I p. 92.

Die fortgesetzte G. ist auch da, wo bestimmte Förmlichkeiten vorgeschrieben sind, nicht als eine neue, sondern als identisch mit der ursprünglichen anzusehen. Besonders betont wird dies von Guilléry Sociétés comm. en Belg. III no. 1080.

II. Fortsetzung der G. nach dem Tod eines G.ers. Für das französ., belg. und holländ. R. kommen die Bestimmungen des code civ. 1868 und bezw. des holländ. b.G.B.'s 1688 in Betracht, nach denen die Fortsetzung der G. sowohl mit den Erben eines verstorbenen G.ers wie unter den überlebenden allein verabredet sein kann. Vgl. ital. H.G.B. 191[1] und code civ. ital. 1732; Spanien 329[2]; Portugal 699 f.; Schweiz 545[2]; Ungarn 98[2]; Entwürfe: W 216[3]; Er Tit. 3 Art. 47 f.; Pr 118[2]; E.I 118[2]; E.II 119[2]. Die französ. Jurisprudenz erörtert hierbei namentlich die Frage, ob, wenn eine derartige Bestimmung im G.vertrage enthalten ist, minderjährige Erben eines verstorbenen G.ers Behufs des Eintritts in die G. noch der zum selbständigen Handelsbetrieb erforderlichen Autorisation (oben § 33 S. 166) bedürfen. Pard. no. 1059; Bédarr. sociétés I no. 62; Lyon no. 553; Guilléry III no. 1089. — Pardessus a. a. O. bemerkt noch, daß die Klausel der Fortsetzung mit den Erben sich nicht auf den Legatar erstreckt, sondern daß dieser nur vermöge einer ausdrücklichen Bestimmung den Eintritt in die G. beanspruchen kann. Weiter geht das portugies. H.G.B. 700, nach welchem kein G.er die Befugniß zum Eintritt in die G. durch Vermächtniß übertragen kann. Die Bestimmung scheint im Sinn eines absoluten, abändernde Parteiberedungen ausschließenden Rechtssatzes verstanden werden zu müssen. Vgl. oben S. 548 Anm. 4. — Englisches Recht Smith p. 26; Levy a. a. O.

III. In Zusammenhang mit der oben (Zusatz zu § 78 S. 545) erwähnten Streitfrage des französischen Rechts über die Wirkung des Fallissements und der Interdiktion eines G.ers steht die Frage, ob in den gedachten Fällen die Fortsetzung der G. unter den übrigen G.ern statthaft ist, bezw. ob eine dahin gehende Verabredung im G.vertrag getroffen werden kann. Die Frage wird namentlich in Betreff des Fallissements von der französ. Jurisprudenz erörtert, vgl. außer den oben Genannten Guilléry soc. comm. en Belg. III no. 1097 s., doch scheint die verneinende Ansicht vorherrschend zu sein. Die Kontroverse besteht ebenso wie im französischen für das belgische und holländische Recht; auch das span. G.B. enthält keine hierher gehörigen Bestimmungen. Ausgeschlossen ist für den Fall des Konkurses eines G.ers die Fortsetzung gegen seinen Willen, bezw. gegen den Willen seiner Vertreter im portug. G.B. 698 (oben S. 546) Nach Italien 186[3], 191 ist in den Fällen der Interdiktion, der Inhabilitation und des Fallissements Ausschließung des betr. G.ers zulässig; ebenso kann für diese Fälle von vornherein die Fortsetzung der G. im G.vertrag festgesetzt sein. — Ueber die Bestimmungen des schweizer. Obligationenrechts Art. 576 f. vgl. Zusatz zu § 80.

Entwürfe. W 216[4]: die Unfähigkeit eines G.ers zur Vermögensverwaltung, insbesondere seine Vergantung, hat die Auflösung der G. nicht zur Folge, wenn im G.vertrag nicht bestimmt ist, daß die G. unter den übrigen fortbestehen solle. Aehnlich Er Tit. 3 Art. 49. Dagegen ist nach keinem der beiden Entw. die Vergantung eines G.ers ein Ausschließungsgrund. — Pr und die Entw. erster und zweiter Lesung stimmen bezüglich des hier erörterten Punktes mit dem H.G.B. überein. Vgl. Zusatz zu § 80.

Digitized by Google

§ 80.
Ausscheiden und Ausschließung.[1])

Den Austritt einzelner Mitglieder, ohne daß die offene Handelsgesellschaft aufgelöst wird, nennt das H.G.B., je nachdem er freiwillig oder gezwungen stattfindet, Ausscheiden oder Ausschließung.[2]) Das Ausscheiden beruht stets auf einer Uebereinkunft sämmtlicher Gesellschafter mit Inbegriff des Ausscheidenden, die auf Dissociation dieses letzteren und auf Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern gerichtet ist.[3]) Die Ausschließung erfolgt durch richterliches Urtheil auf Grund einer von sämmtlichen übrigen Gesellschaftern anzustellenden Klage;[4]) statthaft ist dieselbe,[4a]) wenn zur

[1]) Heise § 24; Brinckmann §§ 46. 47; Treitschke §§ 67, 74, 84—87; Fischer-Ellinger §§ 112—114; Auerbach Gesellsch. S. 105 f.; Handelsges. S. 128; Gad § 29; Endemann § 45; Thöl §§ 101, 120; Gareis § 30; Lastig in Endem. Handbuch I § 93 (S. 410 f.); Renaud C.G. §§ 71, 72, 74, 89. Auch die zum vor. § angef. Abhandl. von Reyßner gehört hierher.

[2]) Art. 130—132, 146, 148. Weniger genau ist der Sprachgebrauch des älteren Rechts, vgl. Pr.L.R. I. 17. 269 ff.; II. 8. 658 ff.; österr. b.G.B. 1205 (Ueberschrift), 1210, 1213. In der obigen Darstellung wird der Ausdruck Austritt in einem sowohl das Ausscheiden wie die Ausschließung umfassenden Sinn gebraucht.

[3]) Art. 127. Ueber den Zeitpunkt, in welchem ein solches Uebereinkommen getroffen werden kann, oben § 79 S. 549, v. Hahn zu Art. 127 § 2, 3. Statthaftigkeit eines formlosen Uebereinkommens § 79 Anm. 17.

[4]) Art. 128. Zur Ausschließung gehört die Willensübereinstimmung sämmtlicher G.er mit Ausnahme des Auszuschließenden. Die Willensübereinstimmung muß auch hier neben der Ausschließung auf die Fortsetzung der G. gerichtet sein, und zwar muß dieser übereinstimmende Wille in dem Augenblick vorhanden sein, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben wird. Ein vorgängiges Abkommen, durch welches die G.er sich verpflichten, eintretenden Falles die G. unter Ausschluß dessen, der hierzu Veranlassung gegeben, fortzusetzen, würde unverbindlich sein; Art. 127 erwähnt ein solches Abkommen nur für den Fall des Ausscheidens, Renaud S. 492[1]. Andererseits kann die Ausschließungsklage nur angestellt werden, so lange die G. besteht und der Auszuschließende Mitglied derselben ist, also nicht nach seinem Ausscheiden, ebenso wenig nach Auflösung der G., es sei denn, daß im letzteren Fall die G. mit dem Auszuschließenden fortgesetzt worden ist. Durch die Aufkündigung der G. seitens des Auszuschließenden wird dagegen der Anspruch auf Ausschließung nicht hinfällig, wohl aber kann ein Verzicht auf die Ausschließungsbefugniß darin liegen, daß die übrigen G.er die Kündigung vorbehaltlos acceptiren, Renaud S. 497 a E. (das von ihm angef. Erk. R 6. 22 behandelt aber nicht diesen Fall). v. Hahn nimmt gegenwärtig (zu d. Art. § 4), abweichend von der obigen Darstellung, an, daß die Ausschließung nicht durch das richterliche Urtheil, sondern durch die Erklärung der übrigen G.er an den Auszuschließenden erfolge, und daß das Erkenntniß hier nur, wie in den Fällen des Art. 125, darüber befinde, ob jene

Digitized by Google

Auflösung berechtigende wichtige Gründe in der Person des Auszuschließenden vorliegen.[5]) Nur die Privatgläubiger eines fruchtlos

Erklärung gerechtfertigt sei. Ebenso Renaud S. 499. Diese Auffassung entspricht indeß weder dem Wortlaut (es kann „auf Ausschließung des G.ers erkannt werden"), noch dem Inhalt des Gesetzes. Würde die Ausschließung schon durch die Erklärung der übrigen G.er bewirkt und hätte das Urtheil nur eine deklaratorische, keine konstitutive Bedeutung, so wäre es nicht folgerichtig, die Anstellung der Klage seitens sämmtlicher übrigen G.er zu fordern, es müßte vielmehr unter dieser Voraussetzung schon die Klage eines einzigen G.ers genügen, um eine richterliche Feststellung darüber, daß die Ausschließung zu Recht erfolgt sei, zu erzielen. Ebenso wenig stimmt zu der Ansicht v. Hahn's, daß nach Art. 130 die Wirkung der vom Richter ausgesprochenen Ausschließung auf den Zeitpunkt der Klagebehändigung verlegt wird; vielmehr müßte danach der Zeitpunkt, in welchem die Ausschließungserklärung erfolgt ist, maßgebend sein. (So Pr.L.R. I. 17. 276; österr. b.G.B. 1213.) — Mit dem Antrag auf Ausschließung kann eine Kündigung der G. seitens der Kläger verbunden werden; ebenso ist zulässig eine Kumulirung der Klage auf Feststellung der erfolgten Auflösung (insbesondere auf Grund des Art. 125) mit der Ausschließungsklage, indeß ist bei dem ganz verschiedenen Ziel beider Ansprüche nicht ohne Weiteres in dem zweiten eventuell auch das erste Petitum enthalten, vgl. R 6. 22 (112); 8. 47 (178).

[4a]) Zuständig für die Ausschließungsklage ist das Gericht, in dessen Bezirk die G. ihren Sitz hat, Civ.Pr.O. 23; R 14. 15 (36); Renaud S. 496. — Provisorische Verfügungen, um die G. gegen Benachtheiligung durch den auszuschließenden G.er sicher zu stellen, oben S. 234 Anm. 34; Renaud S. 466 f.; vergl. auch Om 98; Or 100.

[5]) Nicht wegen aller in der Person eines G.ers liegenden Auflösungsgründe, sondern nur wegen solcher, welche die Befugniß zum Rücktritt nach Maßgabe des Art. 125 gewähren, kann die Ausschließungsklage angestellt werden, insbesondere nicht im Fall des Art. 123[3] (Konkurs über das Vermögen eines G.ers, rechtliche Unfähigkeit desselben zu selbständiger Vermögensverwaltung). v. Hahn zu Art. 128 § 2; Renaud S. 496; Lastig S. 412 und die das. Angeff.; a. M. Thöl § 101; Keyßner Erhaltung der Hg. S. 41 (vgl. aber dens. allg.D.H.G.B. zu Art. 128[3]) und das Bu. 16. 57 ff. mitgetheilte Erk., welches indeß in 3. Instanz abgeändert ist (Bu. 22. 299; Renaud a. a. O. Anm. 8); auch Bu. 10. 212. Ueber das frühere preußische Recht Keyßner Erhaltung der Handelsgesellsch. S. 25 f.; in Betreff der Möglichkeit, die G. über die vorgedachten Auflösungsgründe hinaus durch eine Bestimmung des G.vertrages, bezw. durch eine nachträgliche Uebereinkunft aufrecht zu erhalten, s. oben § 79 Anm. 6 und 9. Auf einem Verschulden des Auszuschließenden braucht der Ausschließungsgrund nicht zu beruhen, wenngleich ein solches meist vorhanden sein wird. Aber auch wenn ein in der Person eines G.ers begründeter wichtiger Auflösungsgrund vorliegt, kann der Richter unter Umständen den Antrag auf Ausschließung ablehnen, v. Hahn § 5; Renaud S. 498. Einzelne Fälle R 20. 67 (244); 18. 101 (396). — Die Vereinbarung, daß die Ausschließung auch aus anderen Gründen als denen des Art. 125 zulässig sein soll, ist rechtsgültig, nicht dagegen eine Abrede, nach welcher die Mehrheit der G.er unter Ausschluß des Rechtsweges über die Ausschließung ent-

Digitized by Google

exequirten Gesellschafters, die von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen, müssen sich ohne richterliches Urtheil die Ausschließung gefallen lassen, wenn die übrigen Gesellschafter über die Fortsetzung der Gesellschaft einverstanden sind.[6])

Ausscheiden und Ausschließung sind nur da möglich, wo nach dem Austritt eine die Gesellschaft fortsetzende Mehrheit von Personen übrig bleibt, daher nicht bei einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft.[7])

Die Anmeldung des Austritts zum Handelsregister muß, wie im Fall der Auflösung, von sämmtlichen Gesellschaftern, einschließlich des Austretenden, bewirkt werden.[8])

Folge des Austritts ist eine Vermögensauseinandersetzung zwischen dem ausgetretenen und den verbleibenden Gesellschaftern.[9]) Die Art derselben bestimmt sich zunächst nach dem Uebereinkommen der Be-

---

scheiden soll, R 21. 31 (84); v. Hahn § 2³, § 7; Renaud S. 495. Ueber die Entschädigungsverbindlichkeit des Ausgeschlossenen bestimmt das bürgerliche Recht, R 17. 83 (367). Kondonirung des auf einem Verschulden eines G.ers beruhenden Ausschließungsgrundes, R 6. 22 (112), oben § 78 Anm. 14. Kompensation, wenn auch in der Person der übrigen G.er Ausschließungsgründe vorhanden sind? Bu. 8. 212.

[6]) Art. 132, erst in 3. Les. aufgenommen, Prot. 4639. 5144. Die Ausschließung erfolgt in diesem Fall, anders als im Fall des Art. 128, nicht durch richterliches Urtheil, sondern dadurch, daß die übrigen G.er „statt der Auflösung der G die Auseinandersetzung und die Auslieferung des Antheils des Schuldners vornehmen." Maßgebend für die Auseinandersetzung ist der Zeitpunkt, in welchem nach Art. 126 die Auflösung eintreten müßte; bis zu diesem Zeitpunkt müssen die übrigen G.er spätestens die Erklärung abgeben, daß sie von der ihnen durch Art. 132 gewährten Befugniß Gebrauch machen wollen.

[7]) Thöl § 101; Lastig S. 410; Renaud S. 491; 627 ff.; Schlomka: Bu. 4. 67; R 11. 52 (160); 21. 60 (193); R.civ. 7. 39 (121); Z 22. 306, 307; zweifelnd v. Hahn Zus. nach Art. 132 (S. 503 f.). Der entgegengesetzten Ansicht ist namentlich der österr. oberste Ger.hof, Cl u. A 1. 100; Bu. 10. 212. Keine Abweichung von der obigen Regel ist es, daß bei einer aus zwei Personen bestehenden G. das Ausscheiden eines G.ers möglich ist, wenn gleichzeitig ein neues Mitglied eintritt, da alsdann die G. erhalten bleibt, R 14. 57 (151). Fremde Gesetzgebungen und Entwürfe s. Zusatz.

[8]) Vgl. hierzu Renaud § 74, oben S. 234, 463.

[9]) Ein äußerer Zwang zur Vornahme der Auseinandersetzung, gegen das Einverständniß der Betheiligten, findet ebenso wenig statt, wie im Fall der Auflösung zur Vornahme der Liquidation. Die Betheiligten können sie beliebig hinausschieben, ja es ist denkbar, daß sie ganz unterbleibt (s. auch folg. Anm.). — Unterschied zwischen Auseinandersetzung und Liquidation R. 10. 10 (61).

Digitized by Google

theiligten,[10]) in Ermangelung eines solchen geht das Gesetz von folgenden Grundsätzen aus.[11]) Maßgebend für die Auseinandersetzung ist in den Fällen des Ausscheidens der aus dem Vertrag sich ergebende Zeitpunkt des Austritts,[12]) im Fall der Ausschließung die Erhebung der Ausschließungsklage;[13]) wenn es sich um einen Ausschluß auf Grund des Art. 132 handelt, das Ende des Geschäftsjahres, in welchem die Kündigung erfolgt ist. Für diesen Zeitpunkt ist das Kapitalkonto des Ausgetretenen in derselben Weise wie bei der jährlichen Gewinnvertheilung festzustellen.[14]) Einer definitiven Feststellung entzieht sich dasselbe in Betreff der zur Zeit des Austrittes schwebenden Geschäfte.[15]) An dem Ergebniß dieser letzteren bleibt der gewesene

---

[10]) Das Uebereinkommen kann vor oder nach dem Austritt getroffen sein, Beispiele R 10. 10 (57); 16. 109 (427); Z 22. 305; Renaud S. 616. Die Auseinandersetzung mit dem ausgetretenen Gesellschafter, mag sie auf Grund des Gesetzes oder eines besonderen Abkommens stattfinden, ist ein Handelsgeschäft R 12. 108 (368), aber kein Kaufgeschäft und daher nicht mit dem Kaufstempel zu belegen, Z 7. 453; 18. 604 (Bering); Gruchot (Rassow u. Küntzel) 27. 851 (Reichsgericht), unrichtig Z 22. 305. Dagegen kann allerdings ein Kaufvertrag vorliegen, wenn nach erfolgter Auseinandersetzung ein G.er seinen Antheil den übrigen abtritt.

[11]) Art. 130–132, vgl. Pr.L.R. I. 17. 294 ff.; II. 8. 670 ff. Das österr. und sächs. G.B. enthalten keine besonderen Vorschriften über die Auseinandersetzung im Fall des Austritts.

[12]) Dieser Zeitpunkt fällt bei einem nicht im Voraus geschlossenen Uebereinkommen in der Regel mit der Eingehung des Vertrages zusammen. Indeß ist auch in diesem Fall sowohl ein Hinausschieben, wie eine Zurückverlegung desselben statthaft.

[13]) Art. 130[1] „zur Zeit der Behändigung der Klage auf Ausschließung", Civ.Pr.O. 230. 235, oben Anm. 4.

[14]) Art. 130[1]. Die Auseinandersetzung soll auf Grund der Vermögenslage erfolgen, in welcher sich die G. im maßgebenden Zeitpunkt befindet. Diese kann in Ermangelung einer besonderen Abrede, vgl. eine solche z. B. in R 16. 109 (427), nur nach den oben § 70 erörterten Grundsätzen ermittelt werden. Bei der Regulirung sind auch die Forderungen und die Schulden des G.ers an die G. zu berücksichtigen, oben § 77 S. 536 f.; R 13. 51 (144). Ueber die Heranziehung rückständiger Einlagen zur Auseinandersetzungsmasse s. folg. §.

[15]) Art. 130[2]. An den späteren Geschäften, Rechten und Verbindlichkeiten nimmt der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene nur insofern Antheil, als dieselben eine unmittelbare Folge dessen sind, was vor jenem Zeitpunkt bereits geschehen war. Das Wort unmittelbare fehlt in Pr, findet sich aber schon in E.I, die Prot. enthalten nichts hierüber. Aus einer Bemerkung bei Ablehnung eines in 2. Les. gestellten Antrages ergiebt sich, daß der Ausgeschiedene an den späteren Geschäften insoweit betheiligt bleiben soll, als sie zur Erledigung der schwebenden Geschäfte noth-

Digitized by Google

Gesellschafter auch nach seinem Austritt betheiligt.[16])

Je nach dem Ergebniß der Berechnung kann sich ein Guthaben oder eine Schuld des Ausgetretenen an die Gesellschaft herausstellen. Abgesehen von den Fällen, in denen der Ausgetretene der Gesellschaft nur ein abgeleitetes Recht übertragen hatte (communicatio quoad usum, oben § 68 S. 481),[17]) gehen aber Forderung und Schuld des Ausgetretenen stets auf eine Geldsumme;[18]) er hat weder Anspruch auf gänzliche oder antheilsweise Uebereignung einzelner zum Gesellschaftsvermögen gehöriger Sachen und Rechte,[19]) noch braucht er sich eine derartige Ueberweisung in Anrechnung auf seine Forderung gefallen zu lassen.[20])

---

wendig sind, Prot. 1008. Nach Pr.L.R. I. 17. 294, 299; II. 8. 669 f. gelten Geschäfte, die bereits angefangen sind, als gemeinschaftlich bis zu völliger Beendigung; ebenso Geschäfte, „die zwar beschlossen sind, mit deren Ausführung aber noch kein wirklicher Anfang gemacht ist", falls „schon durch den Abschluß allein Rechte und Verbindlichkeiten für die ganze G. wirklich gemacht worden sind." Zu dieser unklaren Bestimmung Treitschke S. 220; Förster-Eccius II S. 412. Gemeines Recht L. 40 D. h.; Mot. zu Pr. S. 65.

[16]) Art. 130 ² bezieht sich nur auf das Verhältniß der G.er zu einander, nicht zu Dritten; v. Hahn zu d. Art. § 4, ist insoweit aber auch anwendbar, wenn nach dem Austritt über das Gesellschaftsvermögen Konkurs eröffnet ist, R 15. 60 (204). Ob bei der Auseinandersetzung mit Rücksicht auf das ausstehende Ergebniß der schwebenden Geschäfte Sicherheitsbestellung beansprucht werden kann oder ob etwa die Auseinandersetzung selbst hinauszuschieben ist, bestimmt sich nach richterlichem Ermessen, vgl. Pr.L.R. I. 17. 295 (II. 8. 671). Das Hinausschieben der Auseinandersetzung ist allerdings nur mit der aus dem letzten Satz des Art. 130 hervorgehenden Maßgabe statthaft.

[17]) Die nur zur Benutzung eingebrachten Sachen sind ihm bei seinem Austritt zurückzugeben, Brinckmann S. 175.

[18]) Art. 131; oben S. 470. Unrichtig Renaud S. 614: „Der Anspruch des ausgetretenen G.ers geht an sich nicht auf Geld, sondern auf Auslieferung des ihm gehörigen Antheils am Societätsvermögen, während ihm gesetzlich nur die Verpflichtung auferlegt ist, sich mit Geld abfinden zu lassen." Der Antheil am Societätsvermögen, von dem Art. 131 spricht, kann nur ein Antheil an dem „reinen" Societätsvermögen sein, welches sich ausweislich der Bilanz stets als eine Geldsumme darstellt. Vgl. auch Brinckmann a. a. O.; Pr 127, Prot. 247.

[19]) Er hat kein Recht auf einen verhältnißmäßigen Antheil an den einzelnen Forderungen, Waaren oder anderen Vermögensstücken der Gesellschaft, Art. 131; R.civ. 9. 32 (144). Cl u. A 1. 100.

[20]) Die Worte des Gesetzes: der Ausgetretene muß sich die Auslieferung seines Antheils am G.vermögen in einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme gefallen lassen — scheinen der Auffassung Raum zu geben, daß der Ausgetretene, wenn die übrigen G.er dies vorziehen, auch durch Auslieferung eines verhältnißmäßigen Antheils an den ein-

Digitized by Google

In Bezug auf sein Guthaben wie auf seine Schuld steht der Ausgetretene der Gesellschaft wie den in derselben verbleibenden Gesellschaftern als Dritter gegenüber.[21]) Auch bezüglich der Geschäfte, an denen er trotz des Austrittes interessirt bleibt, hat er nicht die Stellung eines Gesellschaftsmitgliedes.[22]) Er muß sich in Betreff der Erledigung derselben dem Ermessen der verbleibenden Gesellschafter unterwerfen[23]) und kann nur, falls die Abwickelung längere Zeit in Anspruch nimmt, jährlich Rechnungslegung,[24]) Ausantwortung der

zelnen Vermögensstücken abgefunden werden kann; so Renaud a. a. O., mit Einschränkungen auch v. Hahn und Anschütz. Eine derartige Ungleichheit in der Stellung des Ausgetretenen und der übrigen G.er würde aber einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfen, und eine solche kann in der oben angef. Bestimmung nicht gefunden werden. Die Analogie der Liquidation, auf die v. Hahn und Anschütz verweisen, greift nicht durch, da bei dieser sich „kein Gemeinschafter statt der Auszahlung des ihm zukommenden Antheils in Geld die Zuweisung von Sachen oder Forderungen gefallen zu lassen braucht", v. Hahn zu Art. 142 § 3. Mit Uebereinstimmung sämmtlicher Betheiligter, einschließlich des Ausgetretenen, ist die Ueberweisung natürlich stets zulässig; ebenso wenn bereits vor dem Austritt ein dahin gehendes Abkommen getroffen ist, Bu. 25. 295.

[21]) R 10. 10 (61); R.civ. 7. 31 (94); 11. 24 (130). Dem Ausgetretenen haftet für das ihm zustehende Guthaben sowohl das G.vermögen wie jeder der verbleibenden G.er in solidum. Der Anspruch gegen letztere ist, falls die G. später aufgelöst wird oder sie selbst austreten, der Verjährung des Art. 146 unterworfen. Bezüglich der Verzinsung kommen die Art. 287—289 in Betracht. Inkorrekt ist es dagegen, wenn die angef. Entscheidungen den Anspruch des Ausgetretenen nicht als actio pro socio gelten lassen wollen, vgl. z. B. R.civ. 7. 31. Was sollte es denn sonst für eine Klage sein? Ihre Eigenthümlichkeiten erklären sich hinlänglich daraus, daß sie finita societate angestellt wird.

[22]) Weder hat er die Rechte in Betreff der Geschäftsführung gemäß Art. 102 ff., noch das Kontrolrecht des Art. 105, Goldschmidt Z 29. 377; andererseits trifft ihn nicht das Konkurrenzverbot, S. 497 Anm. 12. Befugniß zur Einsicht der Bücher und Papiere der G. für die dem Austritt voraufgegangene Zeit, Anschütz Komm. II S. 291. Vertragsbestimmung über die Befugniß zur Einsicht, Goldschmidt Z 29. 402 f.

[23]) Art. 130^3; R 10. 10 (62); 15. 60 (204); R.civ. 1. 5 (12). Daß das Ermessen nicht Willkür bedeutet, ergiebt sich schon aus dem Erforderniß der Rechnungslegung (s. folg. Anm.) Hierbei kann der Ausgetretene auch eine Versäumniß der Sorgfalt geltend machen, die den verbleibenden G.ern in Bezug auf die Erledigung der schwebenden Geschäfte obliegt.

[24]) Mit der Pflicht zur Rechnungslegung ist es in diesem Fall schon deswegen, weil dem Ausgetretenen die Kontrolbefugnisse des Art. 105 fehlen, strenger zu nehmen als mit der gleichen Pflicht des geschäftsführenden G.ers durante societate wie auch des Liquidators nach aufgelöster G. R 25. 82 (344); Bu. 16. 88; 40. 257, oben S. 493.

Digitized by Google

ihm gebührenden Beträge und eine Nachweisung über den Stand der laufenden Geschäfte fordern.[25])

Dritten gegenüber bestimmen sich die Wirkungen des Austritts nach den Grundsätzen von der Wirkung befreiender Thatsachen.[26]) Unverändert bleibt die Haftung des Ausgetretenen wegen der zur Zeit des Austrittes bereits begründeten Verbindlichkeiten,[27]) nur verjähren die gegen ihn geltend zu machenden Ansprüche binnen der Frist des Art. 146[28]) und es erwächst ihm, wenn er eine solche Schuld bezahlt hat, ein Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft wie gegen die dieselbe fortsetzenden Gesellschafter.[29])

Zusatz. I. Die klare und erschöpfende Behandlung des Austritts einzelner Mitglieder ist ein Vorzug des H.G.B.'s vor den fremden Gesetzgebungen, mit Ausnahme des schweizerischen und ungarischen Rechts, die sich auch in dieser Lehre ganz dem unsrigen angeschlossen haben. — Co. 46 (jetzt G. v. 24. Juli 1867 Art. 61) erwähnt die retraite d'associés als eine der Publikation bedürftige

---

[25]) Die Handelsbücher und Gesellschaftspapiere verbleiben in Ermangelung einer Uebereinkunft den die G. fortsetzenden G.ern, R 19. 123 (419); Bu. 5. 462 Bei einem Streit über die Auseinandersetzung kann die Mittheilung der H.bücher nach Maßgabe des Art. 40 angeordnet werden, in einem sonstigen Rechtsstreit des Ausgetretenen mit den verbleibenden G.ern die Vorlegung auf Grund des Art. 37; ein weiter gehendes Recht auf Einsichtnahme hat dagegen der Ausgetretene nicht, R 25. 82 (346); Goldschmidt Z 29. 377, oben §. 42. Ueber die Ansprüche auf die H.bücher und die Editionspflicht nach Auflösung der G. unten § 82.

[26]) Art. 129[5]; oben § 39 S. 238 f. Diese Wirkung tritt in Bezug auf die nach dem Austritt begründeten Verbindlichkeiten ein, vgl. hierzu R 19. 6 (18); 21. 60 (193); R.civ. 4. 23 (82): revolvirender Kredit; Bu. 19. 1; 36. 288. Das Prinzip des Art. 129 findet auch Anwendung, wenn die G. selbst nicht in das H.register eingetragen war, Bu. 8. 274.

[27]) Nicht hierher gehören die nach dem Austritt zur Abwickelung schwebender Geschäfte eingegangenen Verpflichtungen. Die Betheiligung des Ausgetretenen an denselben begründet keine Haftung gegenüber den Gläubigern, oben Anm. 16; dagegen kommt ein zwischen den verbleibenden G.ern und dem G.gläubiger abgeschlossener Vergleich auch dem Ausgetretenen zu gut. R 15. 60 (204). Von den vor dem Austritt begründeten Verpflichtungen wird der ausgetretene G.er nicht schon dadurch liberirt, daß der Gläubiger sich von den verbleibenden G.ern ein Accept geben läßt.

[28]) Vgl. unten § 84.

[29]) Auch in Bezug auf diesen Erstattungsanspruch befindet sich der Ausgetretene der G. gegenüber in der Stellung eines Dritten. Er hat daher nicht blos Anspruch auf Erstattung aus dem G.vermögen, sondern es haftet ihm hierfür zugleich jedes der fortgesetzten G. angehörige Mitglied in solidum, R.civ. 11. 24 (129). Pr 126[3] gewährte ihm überdies einen Anspruch auf Liberation,

Digitized by Google

Thatsache. Daß neben dem freiwilligen Ausscheiden auch Ausschließung durch richterliches Urtheil statthaft ist, wird aus Code civ. 1871 (Auflösung der G. aus wichtigen Gründen) gefolgert. — Wie in Bezug auf den Austritt selbst fehlt es im französischen Recht auch an Maßgaben über die Auseinandersetzung. Für den Fall der Abfindung von Erben eines verstorbenen G.ers wird die in G.verträgen häufig vorkommende Klausel, daß das letzte Inventar bei der Auseinandersetzung zu Grunde zu legen sei, erörtert und selbstverständlich für zulässig erklärt. Dagegen wird nicht angenommen, daß ohne besondere Abmachung die aus der G. scheidenden Erben schlechthin eine ihrem Antheil am G.vermögen entsprechende Geldsumme beanspruchen können. Nur in Betreff der Immobilien sind sie befugt, Geldabfindung zu verlangen. Die Waarenvorräthe sollen, sofern sie nicht deren geschäftsmäßigen Verkauf abwarten wollen, reell getheilt werden; ebenso sollen sie verpflichtet sein, sich einen Antheil an den Ausständen auf ihre Forderung anrechnen zu lassen. So Bédarr. sociétés I. 61 II. III. Die gleichen Grundsätze werden wohl auch in den übrigen Fällen einer partiellen Beendigung der o. Hg. zur Anwendung kommen müssen. — Die Publikation des Austritts ist von Bedeutung sowohl als befreiende Thatsache für die später namens der G. eingegangenen Verbindlichkeiten wie für den Beginn der fünfjährigen Verjährung.

In gleicher Weise wie der Co verhalten sich das holländische und belgische G.B.

Etwas ausführlicher ist Spanien, welches Art. 326[1] Bestimmungen über die Ausschließung, Art. 334 über den freiwilligen Rücktritt aus der G. enthält. Erstere ist zulässig in den in unserem Art. 125 Abs 3 Nr. 2—4 bezeichneten Fällen, ferner wenn ein G.er, der nach dem G.vertrag nicht hierzu befugt ist, Akte der Geschäftsführung vornimmt, verbotswidrig Geschäfte in eigenem Namen schließt (oben S. 498), trotz erfolgter Mahnung nicht die versprochene Einlage zum G.fond leistet. Richterliches Urtheil scheint nicht zur Wirksamkeit der Ausschließung, sondern nur, um festzustellen, ob dieselbe berechtigt ist, erforderlich zu sein. Der Ausgeschlossene ist von der Ausschließung an nicht mehr am Gewinn, wohl aber am Verlust des G.geschäfts betheiligt und es kann mit Rücksicht hierauf sein Antheil am G.vermögen bis zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte zurückbehalten werden. Für den Fall des freiwilligen Austritts ist bestimmt, daß der Ausgeschiedene sich in Bezug auf die Erledigung der schwebenden Geschäfte dem Ermessen der in der G. verbleibenden G.er unterwerfen muß, was für den Fall der Ausschließung wohl als selbstverständlich betrachtet wird. Auch im Fall des Ausscheidens

---

die von den verbleibenden G.ern innerhalb eines Jahres seit dem Austritt zu beschaffen war. Daraus, daß diese Bestimmung nicht in das H.G.B. übergegangen ist, folgt nicht, daß ihm ein derartiger Anspruch nicht zusteht, sondern nur, daß die Entscheidung hierüber dem bürgerlichen Recht zu entnehmen ist. Nach gemeinem Recht hat er die Befugniß, eine cautio für die Befriedigung der Gläubiger aus Societätsmitteln zu fordern, L. 27, 28, 38, 67 pr. D. pro soc.; Z 7. 489, vgl. hierzu Treitschke S. 246 f.; Preußisches Recht: A.L.R. I. 17 § 302; Brinckmann § 46[36]; a. M. v. Hahn zu Art. 130 § 3; Renaud S. 618. — Der Erstattungsanspruch wird durch ein von dem Ausgetretenen in Gemeinschaft mit den übrigen G.ern den Gläubigern gegenüber eingegangenes constitutum debiti nicht beseitigt, R.civ. 11. 24 (129).

Digitized by Google

soll die Auseinandersetzung erst nach vollständiger Beendigung der gemeinsamen Geschäfte stattfinden. — Portugal weist an verschiedenen Stellen auf das Ausscheiden eines G.ers hin, ohne indeß zusammenhängende Vorschriften hierüber zu geben, vgl. Art. 639, 710, 714, 716. Von der Ausschließung ist nicht die Rede. — Italien 186—188 (vgl. das frühere G.B. art. 124 s.) gestattet die Ausschließung in denselben Fällen wie das span. G.B., außerdem wenn der G.er fallit, entmündigt oder wegen Geistesschwäche oder Verschwendung unter Kuratel gestellt (inabilitato) ist. Der Ausgeschlossene ist bis zur Ausschließung am Gewinn und Verlust betheiligt; er hat Antheil an den zur Zeit des Austritts schwebenden Geschäften. Die ihm zustehende Quote am G.vermögen kann er nur nach vollständiger Erledigung dieser Geschäfte, und nur in einer Geldsumme beanspruchen, er hat kein Recht auf einen verhältnißmäßigen Antheil an den einzelnen Bestandtheilen des G.vermögens. Dritten gegenüber wirkt die Auflösung erst von der Publikation an. Bestimmungen über das Ausscheiden und dessen Wirkungen sind nicht vorhanden. — Schweiz 575, 576 stimmt mit unserem Art. 127 f. überein. Bezüglich der vom Kündigungsrecht Gebrauch machenden Privatgläubiger des fruchtlos exequirten G.ers enthält Art. 574[2] die doch wohl selbstverständliche Bestimmung, daß die übrigen G.er der Auflösung durch Befriedigung des kündigenden Privatgläubigers vorbeugen können; wichtiger ist, daß Art. 577[1] die gemäß unserem Art. 132 zulässige Abfindung nicht blos gegenüber den kündigenden Privatgläubigern, sondern auch gegenüber der Konkursmasse des insolventen G.ers für statthaft erklärt. Zufolge Art. 577[2] und 578 ist ferner abweichend von der bei uns herrschenden Ansicht (oben S. 556) Ausschließung eines G.ers auch möglich, wenn die G. nur aus zwei Personen besteht. Daß der ausscheidende wie der ausgeschlossene G.er nur Abfindung in einer Geldsumme fordern kann, ist im Art. 577[1] implicite ausgesprochen; dagegen fehlt es an einer unserem Art. 130 entsprechenden Bestimmung; nach Schneider aber nur deswegen, weil sie eher in einen Kommentar als in ein Gesetzbuch gehört. Eintragung in das Handelsregister ist nicht blos für Ausschließung und Ausscheiden, sondern auch für die Fortsetzung des G.geschäfts durch einen einzelnen G.er vorgeschrieben. — Ungarn 102 bis 107 hat völlig denselben Inhalt wie unser H.G.B. 127 bis 132.

II. **Entwürfe.** — W 214, 215, 220, 221. — Ausschließung einzelner G.er wie Spanien. Wird nach dem Tode oder der Vergantung eines G.ers die G. unter den übrigen fortgesetzt, so ist für die Abfindung der Rechtsnachfolger der Vermögensstand der G. zur Zeit des Todes oder des Ganterkenntnisses maßgebend. An dem späteren Erfolg sind sie insoweit betheiligt, als derselbe „von noch nicht beendigten oder damit unmittelbar in Zusammenhang stehenden Geschäften herrührt.“ Im Fall des mit Genehmigung der übrigen erfolgenden Austritts einzelner G.er bestimmt sich die Abfindung nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens. — Er enthält weder Vorschriften über die Ausschließung noch über den Austritt einzelner G.er, sondern beschränkt sich im Tit. 3 Art. 49 auf eine mit W übereinstimmende Vorschrift in Betreff der Auseinandersetzung, falls die G. nach dem Tode eines G.ers, oder wenn ein G.er die Befugniß zur selbständigen Vermögensverwaltung verliert, unter den übrigen fortgesetzt wird. — Pr 122—127, z. Th. auf dem Allg. LR. I. 17. 269, 282, 291 ff.; II. 8. 658 ff. beruhend, stimmt bereits im Wesentlichen mit dem H.G.B überein. Hauptabweichungen sind, daß

Digitized by Google

das in unserem Art. 127 erwähnte Uebereinkommen zu seiner Gültigkeit schriftlicher Form und auszugsweiser Eintragung in das Handelsregister bedarf; daß jeder einzelne G.er ebenso wie in Betreff der Auflösung (oben Zus. II zu § 78 a. E.), eine Erklärung über das Ausscheiden oder die Ausschließung eines G.ers in das H.register eintragen lassen kann, vorbehaltlich der Haftung für den Schaden im Fall einer unrechtmäßigen Erklärung, und daß eine unserem Art. 132 entsprechende Bestimmung fehlt. In E. I 121—126 sind die beiden ersten Bestimmungen weggefallen; hinzugefügt ist dagegen, daß die Vorschriften über Ausscheiden und Ausschließung und deren rechtliche Folgen sowie über die Auseinandersetzung wegen des G.vermögens auch dann Anwendung finden sollen, wenn die G. aus zwei Personen besteht oder wenn nach dem Ausscheiden oder der Ausschließung mehrerer G.er das Geschäft nur von einem derselben fortgesetzt wird. Indeß ist dieser Zusatz bereits in 2. Les. wieder beseitigt worden, Prot. 249 f., 1009—1011. Der jetzige Art. 132 hat erst in dritter Lesung Aufnahme gefunden. — Vgl. auch oben Anm. 6, 7.

Austritt und Ausschließung einzelner G.er in den österr. Entwürfen Om 92, 93, 95; Or 93, 94, 98.

§ 81.

Liquidation.[1])

I. Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft führt das Ende des gemeinschaftlichen, unter der Gesellschaftsfirma betriebenen Handelsgewerbes herbei.[2]) Die Gesellschaftsfirma hört auf, die Bezeichnung der offenen Handelsgesellschaft zu sein[3]) und auf das Verhältniß der Gesellschafter zu einander wie zu dritten Personen sind fortan alle diejenigen Rechtssätze unanwendbar, die das Bestehen eines Handels-

[1]) Martens, Heise § 25; Brinckmann §§ 51, 52; Treitschke §§ 79—82; Fischer-Ellinger § 117 f.; Auerbach Gesellsch. S. 108, 111 f.; Handelsges. S. 125, 135; Gad § 30; Endemann § 47; Thöl §§ 99, 100; Gareis § 30 S. 173—179; Laftig in Endem. Handb. I § 94; Renaud CG. §§ 77—86. Abhandlungen von Keyßner Z 10. 327; 11. 493; Schlomka: Bu. 2. 68; v. Krawel: Bu. 4. 55; 13. 388.

[2]) Prot. 4543 „Die produktive Seite der G. findet ihr Ende", Laband Z 24. 68; Renaud S. 513 f. Wirkung der Auflösung auf die von der G. eingegangenen Engagementsverträge Bu. 23. 254, auf das Versprechen eines Dritten, zu Gunsten eines Theilhabers ein verantwortliches Kapital in die G. einzuschießen, R. civ. 4. 18 (66).

[3]) Das Erlöschen der G.firma ist nicht immer Folge der Auflösung. Abgesehen von den Fällen der fortgesetzten Hg. wie von der Verwendung der G.firma als Liquidationsfirma kann überall, wo eine Veräußerung des G.geschäfts an einen G.er oder an einen Dritten erfolgt, auch ein Uebergang der G.firma stattfinden. Bei der Veräußerung an einen G.er bedarf es hierzu nicht einmal immer der Zustimmung der übrigen Betheiligten, Art. 24, oben § 40 S. 259.

Digitized by Google

gewerbes zur Voraussetzung haben.[3a]) Dahin gehören namentlich das Konkurrenzverbot, sowie die Bestimmungen über die Geschäftsführung und Vertretungsbefugniß der Gesellschafter.[4]) Das Konkurrenzverbot und die Bestimmungen über die Geschäftsführung treten sofort mit der Auflösung außer Anwendung,[5]) während bezüglich der Vertretungsbefugniß die für befreiende Thatsachen maßgebenden Grundsätze in Betracht kommen.[6])

Weiter reicht die Wirkung der Auflösung an sich nicht.[7]) Die Art, wie die Gesellschafter die aus dem Betrieb des Gesellschaftsgeschäfts hervorgegangenen Beziehungen thatsächlich zur Lösung bringen, wie sie sich insbesondere in Betreff des Gesellschaftsvermögens auseinandersetzen wollen, ist zunächst ihrem eigenen Ermessen überlassen.[8])

II. Ein Abkommen über die Auseinandersetzung kann vor oder nach Eintritt der Auflösung getroffen werden; häufig ist ein solches

---

[3a]) Art. 144, dazu v. Hahn § 2; Anschütz Komm. II S. 311; Keyßner Z 10 S. 367 ff.; ders. H.G.B. zu Art. 144. Gegen die Ansicht v. Kräwel's in seinem Komm. S. 183 und Bu. 4. 61, daß die obigen Bestimmungen erst mit dem Eintritt der G. in den Liquidationszustand unanwendbar werden, vgl. Keyßner a. a. O.

[4]) Konkurrenzverbot R 21. 45 (144), oben S. 497. Wegfall der Befugniß zur Geschäftsführung und des Unterschiedes zwischen geschäftsführenden und von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitgliedern R 7. 18 (71). Wegfall der den G.ern als solchen zustehenden Vertretungsbefugniß v. Hahn § 3 (S. 535); Keyßner Z 10. 373 ff.; R 5. 90 (390); 12. 70 (216); 23. 109 (329); Z 8. 581; 15. 250. Aus Erklärungen, die vor Auflösung der G. abgegeben sind und die zunächst nur eine Haftung, keine Schuld der G. erzeugen, kann möglicherweise noch nach der Auflösung eine Verpflichtung der G.er begründet werden. So wenn das vor der Auflösung namens der G. gegebene Blankoaccept erst nach der Auflösung vom Empfänger ausgefüllt wird, vorausgesetzt daß die Ausfüllung nicht abredewidrig erfolgt, R 21. 106 (324). Das Accept einer vor der Auflösung namens der G. ausgestellten Tratte begründet die Revalirungspflicht, auch wenn der Trassat zur Zeit der Annahme Kenntniß von der Auflösung hatte, R 6. 76 (334).

[5]) Ueber die Fälle, in denen die die Auflösung herbeiführende Thatsache nicht gleichzeitig zur Kenntniß der G.er gelangt, Keyßner S. 362, oben S. 540.

[6]) Art. 129, oben S. 543 f.

[7]) In Folge der Auflösung tritt nicht nothwendig an die Stelle der aufgelösten Hg. eine vertragslose communio. Ueber die Auflösung der Hg. hinaus kann eine G. unter den Mitgliedern fortdauern, so nicht blos wenn die Hg. fortgesetzt wird, sondern namentlich auch dann, wenn dieselbe in Liquidation tritt.

[8]) Vgl. Anm. 12. Die G.er können nicht nur über die Art der Auseinandersetzung paciscieren, sondern dieselbe auch beliebig hinausschieben. Ausnahme von der Vertragsfreiheit, abgesehen vom G.konkurs, im Fall des Art. 126.

Digitized by Google

bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten.[9]) Zur Gültigkeit desselben gehört stets die Uebereinstimmung sämmtlicher Betheiligten.[10]) In Ermangelung eines Abkommens kann jeder an der Gemeinschaft Betheiligte fordern, daß die Auseinandersetzung im Wege der Liquidation vor sich gehe.[11]) Dagegen findet weder im öffentlichen Interesse ein Zwang zum Eintritt in die Liquidation statt, noch können die Gesellschaftsgläubiger auf die Vornahme derselben dringen.[12])

---

[9]) Dahin gehört z. B. auch die häufig in G.verträgen enthaltene Bestimmung, daß Streitigkeiten über die Auseinandersetzung schiedsrichterlich erledigt werden sollen. — Ueber die Bedeutung einer bei der Auseinandersetzung stattfindenden Ueberweisung von Aktiven an einen der G.er R 15. 46 (151); vgl. auch die Citate oben § 80 Anm. 10; § 82 Anm. 30.

[10]) Durante societate muß ein solches Abkommen von sämmtlichen G.ern geschlossen werden, nach Auflösung derselben müssen auch die Rechtsnachfolger der verstorbenen G.er zustimmen. Das während des Bestehens der G. geschlossene Abkommen ist insoweit rechtsverbindlich, daß die G.er und deren Rechtsnachfolger nicht einseitig von demselben zurücktreten können. Anschütz Komm. II S. 294 f. Dagegen bindet es nicht die Gläubiger des G.ers, die auf Grund des Art. 126 die Auflösung herbeigeführt haben. Diese müssen sich zwar gemäß Art. 131 die Ausschließung ihres Schuldners gefallen lassen, können aber, wenn die übrigen G.er von dieser Befugniß keinen Gebrauch machen, auf der Liquidation bestehen. Zur Theilnahme an letzterer sind sie nicht berufen, werden hierbei vielmehr durch ihren Schuldner vertreten. Indeß reicht ihr selbständiges, durch Art. 126 geschütztes Interesse doch so weit, daß sie zu dem Antrag auf Ernennung und Abberufung von Liquidatoren durch den Richter (Anm. 22, 25) für legitimirt zu erachten sind.

[11]) Klage auf Herbeiführung der Liquidation vgl. R 8. 47 (178); 22. 45 (202); Bu. 16. 89; Keyßner Z 10. 336 f.

[12]) v. Hahn zu Art. 133 §§ 1. 2; Anschütz a. a. O.; Keyßner S. 329; Renaud S. 526. Keine Liquidation braucht stattzufinden, wenn das Geschäft mit Aktiven und Passiven von einem G.er übernommen (vgl. aber auch unten Anm. 21) oder an einen Dritten veräußert wird, wohin auch der Fall der Umwandlung der o. Hg. in eine Aktiengesellschaft gehört; wenn die Abwickelung zur Zeit der Auflösung bereits bewirkt ist oder wenn die Gläubiger sofort eine Realtheilung vornehmen; vgl. R 8. 47 (178); 24. 43 (143); 25. 68 (277); Bu. 7. 363; 9. 441; 13. 388 (v. Krämel); 16. 89; 18. 155; 28. 22; 39. 108. Ein Abkommen über die Vertheilung einzelner Vermögensbestandtheile unter den G.ern macht die Liquidation nicht entbehrlich, Bu. 12. 25. — Die Liquidation setzt voraus, daß ein gemeinsamer Gewerbebetrieb (Gewerbebetrieb unter einer G.firma) stattgefunden hat, R 5. 90 (386); v. Hahn zu Art. 133 § 10. War dies der Fall, so muß bei Beendigung desselben auf Verlangen eines G.ers die Liquidation stattfinden, auch wenn die G. selbst nicht eingetragen war, R 22. 45 (204). Die letztgedachte Entsch. weist den Anspruch auf Liquidation zurück, weil die G.geschäfte begonnen hatten, „ehe die vorausgesetzten Basen der gesellschaftlichen Vereinigung

Digitized by Google

III. Die Liquidation (Stralzirung)[13]) ist die kaufmännische Abwickelung des Gesellschaftsgeschäfts.[14]) Sie umfaßt die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Einziehung der ausstehenden Forderungen;[14a]) die Bezahlung der Gesellschaftsschulden,[15]) die Versilberung und Vertheilung des Reinvermögens. Während dieses meist längere Zeit in Anspruch nehmenden Stadiums gilt die Gesellschaft zum Behuf der Liquidation als fortbestehend[16]) und es

beschafft" waren und demnächst noch vor Einbringung der wesentlichen Einlagebestandtheile der Vertrag durch mutuus dissensus wiederum aufgehoben worden war. Möglicherweise ist ein derartiges Abkommen allerdings dahin aufzufassen, „daß von dem G.vertrag abgegangen werden solle, als wäre er nie geschlossen worden" (Aufhebung ex tunc); alsdann würde auch in Betreff der wirklich geführten Geschäfte nicht die Auseinandersetzung im Wege der Liquidation stattzufinden haben, indeß ist diese Auffassung doch kaum die nächstliegende und gewiß nicht allgemein zutreffend. Besondere Vorschriften über die Liquidation nichtiger G.en enthält das belg. H.G.B. Zus. I zu § 82 S. 586.

[12]) Die unrichtige Ansicht, daß die Liquidation die nothwendige, auch durch Uebereinkunft der G.er nicht zu beseitigende Folge der Auflösung sei, hat namentlich der österr. o. Ger.hof mehrfach, wiewohl nicht konstant, vertreten, vgl. Cl u. A 1. 61; 2. 191; 3. 326; 4. 630, 727, 765; Bu. 41. 134; ähnlich auch das Bu. 31. 242 mitgetheilte Erk.

[13]) Ueber die Bedeutung des Wortes Liquidation s. Lastig S. 414 Anm. 1; der Ausdruck Stralzirung, namentlich in Oesterreich üblich, stammt von stralciare, d. i. ursprünglich Rebenschößlinge (tralcio) abschneiden, dann in abgeleitetem Sinn: beilegen, auseinandersetzen. Zur Geschichte der Liquidation: Frémery études p. 68 s.; Brinckmann § 51 S. 191; Renaud S. 527 ff.; Bédarr. sociétés III no. 586 s.; R 24. 43 (144).

[14]) Art. 137. Inhalt und Zweck der Liquidation im Allgemeinen: R 8. 47 (178); 13. 76 (225); 21. 45 (141); 23. 67 (194); 24. 43 (143); 24. 58 (224); Verhältniß von Liquidation und Konkurs R 16. 69 (284); Z 22. 310; Bu. 29. 293.

[14a]) Die Forderungen und Schulden der aufgelösten G. werden bezüglich der Fälligkeit und der sonstigen Zahlungsmodalitäten durch den Eintritt in die Liquidation nicht geändert, R. civ. 9. 3 (14) — Liquidator und Cessionar in einer Person, R. 21. 41 (128); Bu. 25. 292; unten § 82 Anm. 7 a. E.

[15]) Es ist nicht zutreffend, wenn die Liquidation um deswillen, weil sie bei regelmäßigem Verlauf zur Bezahlung der G.schulden führt, als „auch im Interesse der G.gläubiger erfolgend" betrachtet wird, so R 16. 69 (287); 24. 43 (146). Mindestens darf dabei nicht an ein rechtlich geschütztes Interesse gedacht werden. Ein solches haben bei der o.Hg. und der einfachen K.G. die G.gläubiger weder an der Einleitung noch an der Durchführung der Liquidation. Anders bei der A.G., der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der eingetragenen Genossenschaft. Vgl. R 25. 68 (279).

[16]) Art. 144. R 5. 90 (393 f.); 10. 10 (62); 19. 54 (163); 23. 50 (143); 25. 68 (278); R.civ. 3. 16 (55); 5. 3 (9); Z 22. 308; Bu. 41. 134; vgl. auch die oben Anm. 2 Angef. Bisweilen wird, so namentlich in den Entsch. des

Digitized by Google

finden mit Ausnahme der den Bestand des Handelsgewerbes voraussetzenden Rechtssätze sowohl auf das Verhältniß der Gesellschafter zu einander wie zu dritten Personen dieselben Bestimmungen Anwendung wie während der Existenz der Handelsgesellschaft,[17]) auch bleibt während

---

R.O.H.G.'s, der Fortbestand der G. als eine Fiktion bezeichnet. Dabei liegt indeß die Gefahr eines Mißverständnisses nahe. Die gemeinsame Abwickelung des Gesellschaftsgeschäfts ist selbst ein gesellschaftliches Unternehmen; kann doch sogar von dritten Personen eine Hg. Behufs der Liquidirung von Konkursmassen errichtet werden, R 3. 75 (361); 9. 11 (30). Wenn die G.er in die Liquidation eintreten, wird demnach das Vorhandensein einer G. nicht fingirt, sondern, so lange der Liquidationszustand dauert, ist die Liquidations- oder Abwickelungsgesellschaft in der That vorhanden. Darin, daß auf die letztere mit der Maßgabe des Art. 144 die Grundsätze übertragen werden, durch welche die o. Hg. während ihres Bestandes geregelt wird, dürfte kaum etwas Besonderes zu finden sein; wohl aber ist es eine Eigenthümlichkeit der Liquidationsgesellschaft, daß ihre Eingehung nicht den übereinstimmenden Willen sämmtlicher Theilnehmer voraussetzt, sondern daß der Eintritt in die Liquidation von einem einzelnen Betheiligten erzwungen werden kann. Aus dem hier Hervorgehobenen ergiebt sich zugleich die Antwort auf die in R 25. 68 (276), vgl. auch R 24. 43 (144), erörterte, aber z. Th. offen gelassene Frage, wann die G.gläubiger das Vorhandensein einer Liquidationsgesellschaft annehmen dürfen. Die G.gläubiger sind nicht befugt, die G. deswegen als in L. befindlich zu behandeln, weil noch unbezahlte G.schulden oder ungetheiltes Aktivvermögen vorhanden sind; ebensowenig können sie die L. „ohne Rücksicht auf den wirklichen Willen als eintretend erachten, wenn und insoweit nicht eine andere Art der Lösung vereinbart ist", R 25. 68. Die Liquidationsgesellschaft ist eben nur dann vorhanden, wenn die G. in die Liquidation eingetreten ist. Ob dies der Fall, kann unter Umständen eine thatsächlich schwierige Frage sein, da die Anmeldung der Liquidatoren zum Handelsregister zwar in der Regel den Beginn der Liquidation bezeichnet, aber doch keine nothwendige Voraussetzung derselben ist. Indeß ist die Schwierigkeit nicht größer wie da, wo aus dem thatsächlichen Beginn oder aus der Fortsetzung der Geschäfte auf das Vorhandensein der Hg., bezw. der fortgesetzten Hg. zu schließen ist, oben § 71 S. 505, auch § 79[12].

[17]) Art. 144. Es kommen die Vorschriften des 2. und 3. Abschn. zur Anwendung, soweit sich aus den Bestimmungen des gegenwärtigen Abschn. und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein Anderes ergiebt. Vgl. hierzu Keyßner Z 10. 367; v. Hahn und Anschütz zu d. Art.; auch oben Anm. 4. — Unmöglich, weil mit dem Wesen der Liquidation in Widerspruch stehend, ist die Ernennung eines Prokuristen oder eines Handlungsbevollmächtigten zum Betrieb eines Handelsgewerbes für die liquidirende G., R 13. 76 (223). Obwohl aber die G. im Liquidationsstadium nicht mehr auf den gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften gerichtet ist, bleibt doch während desselben die Kaufmannseigenschaft der G.er erhalten, R 23. 50 (143); Bu. 41. 134. Wie in Betreff der gesetzlichen, so ist auch bezüglich der das Verhältniß der G.er zu einander regelnden vertragsmäßigen Bestimmungen die Fort-

Digitized by Google

dieser Zeit die Gesellschaftsfirma als Liquidationsfirma erhalten.[18])

IV. Die Personen, von denen die Liquidation ausgeführt wird, heißen Liquidatoren. Das Gesetz beruft hierzu die bisherigen Gesellschafter oder deren nothwendige Vertreter;[19]) Rechtsnachfolger eines verstorbenen Gesellschafters sollen einen gemeinsamen Vertreter bestellen.[20]) Den gesetzlich berufenen gehen diejenigen vor, die durch

---

geltung anzunehmen, insoweit dieselben nicht den Bestand der Hg. voraussetzen. Die Frage ist hier regelmäßig quaestio voluntatis, vgl. R 10. 10 (59, 63). Die einem G.er für seine Thätigkeit während des Bestehens der o. Hg. zugesicherte Vergütung kann derselbe im Zweifel nicht für seine Bemühungen während der Liquidation beanspruchen, R 3. 52 (230). Befugniß zu Bezügen aus der G.kasse für den Privatgebrauch, R 25. 38 (165 f.), unten § 82, Anm. 21. — Anderes im Verlauf dieses und des folg. §.

[18]) Art. 139. Die Liquidationsfirma muß sich als solche zu erkennen geben; üblich ist, daß der G.firma der Zusatz „in Liquidation" beigefügt wird. Die liquidirende G. kann zum Behuf der Liquidation unter der Liquidationsfirma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden. Ebenso bleiben Sitz und Gerichtsstand der Hg. auch für die Liquidationsgesellschaft bestehen, Art. 144, Civ.Pr.O. 19, 23. Durch übereinstimmenden Willen der Betheiligten kann der Sitz der Liquidation auch an einen andern Ort verlegt werden; den Liquidatoren als solchen steht die Befugniß zu einer solchen Verlegung nicht zu, zweifelnd R 7. 18 (76). Mit Unrecht nimmt die letztgeb. Entsch. S. 71 f. an, daß die liquidirende G. kein Geschäftslokal haben könne; richtig ist nur, daß zur Durchführung der Liquidation ein eigenes Geschäftslokal nicht unbedingt nöthig ist, R 25. 14 (51); Z 22. 312.

[19]) Art. 133[1]: die sämmtlichen bisherigen G.er oder deren Vertreter. — Sämmtliche G.er, d. h. auch die während des Bestehens der Hg. von der Vertretung oder Geschäftsführung ausgeschlossen waren, Bu. 15. 113. Unter den Vertretern sind nicht frei gewählte Bevollmächtigte zu verstehen. Ebenso wenig sind diejenigen, denen die G.er ihren Antheil am G.vermögen abgetreten haben oder im Fall des Art. 126 die Privatäubiger des G.ers zur Theilnahme an der Liquidation berufen, v. Hahn § 13; Keyßner Z 10. 334; Renaud S. 539; R 7. 18 (75); Z 22. 312; Bu. 28. 21; oben Anm. 10.

[20]) Art. 133[1]: Ist einer der G.er gestorben, so haben dessen Rechtsnachfolger einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Ein Zwang zur Bestellung findet nicht statt, ebensowenig richterliche Ernennung. Das Compelle liegt allein darin, daß das Gesetz mehreren Rechtsnachfolgern eines verstorbenen G.ers bei der Durchführung der Liquidation nur eine Kollektivbetheiligung gewährt, so daß sie, ohne einen Gemeinvertreter bestellt zu haben, überhaupt nicht zugelassen zu werden brauchen, Keyßner Z 10. 334, unrichtig Renaud S. 540. Die obige Bestimmung findet auch Anwendung, wenn ein G.er während der Liquidation stirbt. Wer als Rechtsnachfolger bei der Bestellung des Gemeinvertreters mitzuwirken hat, ergiebt sich aus dem bürgerlichen Recht; es können auch andere Personen als Miterben dahin gehören, z. B. der überlebende Ehegatte, auch wenn er nicht Erbe geworden ist.

Digitized by Google

den Gesellschaftsvertrag oder durch ein vor oder nach der Auflösung geschlossenes Abkommen zu Liquidatoren bestellt sind.[21]) Aus wichtigen Gründen kann auf Antrag einzelner Betheiligter eine Ernennung oder Beiordnung von Liquidatoren durch den Richter stattfinden.[22]) Eine Verpflichtung zur Uebernahme der Liquidation besteht an sich nicht.[23])

[21]) Art. 133[1]. Thöl 4. Aufl. § 39.a: „geborene und gekorene Liquidatoren". — Wird das Uebereinkommen nach Auflösung der G. getroffen, so ist die Zustimmung sämmtlicher Rechtsnachfolger des verstorbenen G.ers erforderlich; dieselben sind, da es sich nicht um die Theilnahme an der Liquidation handelt, nicht auf eine Kollektivstimme beschränkt, v. Hahn zu Art. 133 § 14. — G.gläubiger als Liquidatoren in rem suam R 9. 65 (215). Uebertragung der Liquidation an den G.er, der die Aktiva und Passiva übernommen hat, R 21. 41 (128); Bu. 25. 292.

[22]) Art. 133[2]. Die Ernennung durch den Richter erfolgt weder ex officio, noch auf Antrag von G.gläubigern, Bu. 7. 364 f., oben Anm. 12, andererseits sind die Worte des Gesetzes: auf den Antrag eines G.ers nicht strikt zu interpretiren. Außer den G.ern sind nicht blos deren nothwendige Vertreter (oben Anm. 19), sondern auch die Rechtsnachfolger des verstorbenen G.ers, und zwar jeder einzeln, ebenso im Fall des Art. 126 die Privatgläubiger des G.ers (Anm. 10) zur Stellung des Antrages befugt. Der Antrag kann schon vor Auflösung der G. gestellt, bezw. mit dem Antrag auf Auflösung verbunden werden. Richterliche Ernennung auf Antrag sämmtlicher Betheiligter Keyßner Z 10. 335. Wichtige Gründe ders. S. 336 f.; v. Hahn § 15; Z 11. 571; Bu. 7. 198; 15. 111. Durch die richterliche Ernennung wird die gesetzliche wie die auf einem Uebereinkommen beruhende Berufung gebrochen. Der Richter kann sowohl G.er wie dritte Personen zu Liquidatoren, bez. Mitliquidatoren bestellen. Die Ernennung braucht nicht im Prozeßweg zu erfolgen, und Art. 133 hat denselben wohl zunächst nicht im Auge; es ist aber nicht ausgeschlossen, daß sowohl das Vorhandensein der wichtigen Gründe wie die Person des zu bestellenden Liquidators zum Gegenstand eines Rechtsstreites unter den G.ern gemacht wird, so namentlich (aber nicht allein dann), wenn der betr. Antrag mit dem Antrag auf Auflösung der G. verbunden wird. Auch wird der um die Ernennung angegangene Richter, wenn gegen den Antrag von den übrigen Betheiligten Widerspruch erhoben wird, die Sache auf den Prozeßweg verweisen müssen. Vgl. R 10. 103 (440); 21. 41 (126); Bu. 4. 99; 7. 198; 15. 111; Johow Jahrb. 6. 6. — Gegen die Ansicht Keyßners, daß der vom Richter ernannte Liquidator erst auf Anrufen mindestens eines Betheiligten in Funktion treten könne, Renaud S. 544.

[23]) Auch nicht seitens der geborenen Liquidatoren. Eine derartige Verpflichtung kann sowohl von den bisherigen G.ern wie von dritten Personen übernommen sein; namentlich wird ein im G.vertrag enthaltenes oder doch vor der Auflösung getroffenes Uebereinkommen, durch welches die Liquidation einzelnen G.ern übertragen wird, regelmäßig in diesem Sinne zu deuten sein. Vgl. Anschütz Komm. II S. 297 a. E.; Keyßner S. 339; Renaud S. 540. A. M. Puchelt zu Art. 133. 3.

Digitized by Google

eine Beschränkung in der Befugniß zum Rücktritt von derselben nur insoweit, daß die Gesellschaft nicht durch unzeitigen Rücktritt geschädigt werden darf.[24]) Die Abberufung der Liquidatoren kann aus wichtigen Gründen durch den Richter[25]) erfolgen, sonst nur durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter, ist auf Grund eines solchen aber jederzeit zulässig.[26])

Die Ernennung der Liquidatoren, ihr Austritt wie das sonstige Erlöschen ihrer Vollmacht sind zum Handelsregister zu verlautbaren.[27]) Die Anmeldung ist eine Pflicht der Gesellschafter und ihrer Rechtsnachfolger, deren Verletzung Ordnungsstrafen nach sich zieht;[28]) überdies finden, soweit es sich um befreiende Thatsachen handelt, die für letztere geltenden Grundsätze Anwendung.[29]) Bei der Anmeldung haben die Liquidatoren die Zeichnung ihrer Namensunterschrift einzulegen.[30])

---

24) Renaud S. 548. Die Pflicht zur Uebernahme der Liquidation (vor. Anm.) enthält auch die Verpflichtung zur Durchführung derselben.

25) Art. 134: Auf den Antrag eines G.ers s. Anm. 22. Keyßner S. 341; Renaud S. 550; R 9. 11 (30); 20. 5 (11); Bu. 15. 111. Für das Verfahren bei der Abberufung durch den Richter gelten entsprechend dieselben Grundsätze wie für die richterliche Ernennung der Liquidatoren.

26) R 12. 71 (217). — Nicht durch Kündigung eines G.ers, Bu. 20. 94. Die Rechtsnachfolger des verstorbenen G.ers müssen sämmtlich zustimmen. Ist der abzuberufende Liquidator ein G.er, so bedarf es auch seiner Zustimmung, man kann daher in diesem Fall eigentlich gar nicht von einer Abberufung, sondern nur von einem unter gegenseitigem Einverständniß erfolgenden Rücktritt sprechen. Unter der obigen Voraussetzung können alle Liquidatoren, auch die richterlich ernannten, abberufen werden. Die nicht zu den G.ern gehörigen Liquidatoren haben gegen die Abberufung kein Einspruchsrecht, ein Verzicht der G.er auf die Befugniß zur Abberufung ist ihnen gegenüber unwirksam; doch erfolgt die Abberufung immer unbeschadet der ihnen aus den Dienst- oder sonstigen Verträgen gegen die G.er zustehenden Ansprüche, vgl. Art. 54[1]; 227[3]; R 23. 109 (324); Johow u. Küntzel Jahrb. 3 S. 29. — Der Abberufung steht die Ernennung von Mitliquidatoren gleich, R 20. 5 (11).

27) Art. 135[1. 2]; dazu Keyßner S. 392 f.; Renaud S. 544, 549. Die Verlautbarung ist auch in Betreff der vom Richter ernannten Liquidatoren erforderlich. Dagegen ist die Stellung als Liquidator nicht von der Eintragung abhängig; Liquidatoren sind auch bei nicht eingetragenen Hg.en möglich, R 22. 45 (204).

28) Die Liquidatoren als solche sind zur Anmeldung weder verpflichtet, noch legitimirt, Johow u. Küntzel 3. 13 (24); unten § 82 a. E.

29) Art. 135[4]; oben § 39 S. 235 f. Hierzu Schlomka a. a. O. S. 73 f.

30) Art. 135[1]. Nur die Einreichung der Namensunterschrift, nicht die Zeichnung der Liquidationsfirma ist erforderlich, Johow u. Küntzel Jahrb. I S. 12.

Digitized by Google

§ 82.

Liquidation (Fortsetzung).

Die Liquidatoren sind die Vertreter und Geschäftsführer der liquidirenden Gesellschaft.[1]) In beiden Beziehungen wird ihre Befugniß durch den Zweck der Liquidation bestimmt.[1a]) Die gesetzliche Vollmacht der Liquidatoren ist in Folge dessen von vorn herein viel enger begrenzt als die Vertretungsbefugniß der Gesellschafter während des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft.[2]) Dazu kommen zwei nicht unmittelbar aus dem Wesen der Liquidation sich ergebende Bestimmungen: Mehrere Liquidatoren haben im Zweifel nur eine

---

[1]) „Geschäftsbefugnisse" im Art. 138 bedeuten sowohl die Befugniß zur Geschäftsführung, wie die Vertretungsbefugniß. In ihrer Eigenschaft als Vertreter sind die Liquidatoren nicht Kaufleute, Cl u. A 4. 567. Sie sind ferner Vertreter nicht der einzelnen Gemeinschafter, sondern der liquidirenden G., d. h. des unter der Liquidationsfirma zu einer formalen Einheit zusammengefaßten Personenvereines, R 5. 90 (390), oben S. 524 f. Von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten unterscheiden sie sich sowohl durch den Inhalt ihrer Vollmacht, wie dadurch, daß sie nicht von den einzelnen, sondern von der Gesammtheit der Gemeinschafter abhängig sind. Wie sie nur durch sämmtliche Betheiligte abberufen werden können, so können auch nur sämmtliche Betheiligte über ihren Kopf hinweg Liquidationshandlungen vornehmen. Die Liquidatoren erscheinen vermöge dieser Stellung als gesetzliche oder nothwendige Vertreter oder, wie man dies auch ausgedrückt hat, als Organe und Repräsentanten des Personenvereines; ausschließliche Vertreter sind sie nur in dem Sinn, daß nach Auflösung der G. die Vertretung durch die einzelnen G.er ausgeschlossen ist; vgl die z. Th. recht unklaren Wendungen in R 10. 80 (356); 12. 70 (216); 21. 124 (390); 23. 109 (329); R. civ. 5. 3 (10). In R 23. 109 werden, um die Widerruflichkeit der Vertretungsbefugniß zu begründen, die Liquidatoren als Organe oder Repräsentanten der Gemeinschaft nach außen, dagegen als Bevollmächtigte der G.er nach innen bezeichnet! — Der Grundsatz, daß der Liquidator Vertreter der liquidirenden G. ist, kommt auch dann zur Geltung, wenn die Liquidation einer aus zwei Personen bestehenden G. lediglich einem G.er übertragen ist; unrichtig Bu. 18. 402. Vertragsschluß des Liquidators mit sich selbst in eigenem Namen R. civ. 7. 38 (119); oben § 49[3] S. 344; § 77[11] S. 538, auch R.civ. 7. 123 (404).

[1a]) Art. 137. Zweck der Liquidation oben § 81 III.

[2]) Unzuständig ist für die Liquidatoren insbesondere: die Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten zum Betrieb des Handelsgewerbes § 81[18]; Uebertragung der Liquidationsvollmacht auf einen Andern; Verlegung des Sitzes der Liquidationsgesellschaft § 81[19]; Verkauf des zu liquidirenden Geschäfts im Ganzen Keyßner S. 345[22]. — Substitution in Bezug auf einzelne Handlungen ist nicht ausgeschlossen, doch kann der G.er, der zugleich Liquidator ist, nicht die ihm in erster Eigenschaft zustehende Befugniß zur Einsicht der Handlungsbücher einem Anderen einräumen, Bu. 31. 300.

Digitized by Google

Kollektivvollmacht[3]) und Grundstücke der Gesellschaft können von den Liquidatoren ohne Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter nur durch öffentliche Versteigerung veräußert werden.[4]) Innerhalb dieser Grenzen aber ist die Vollmacht der Liquidatoren Dritten gegenüber unbeschränkbar,[5]) sie sind, abgesehen von der vorgedachten Beschränkung in Betreff der Veräußerung von Immobilien, zu allen in den Bereich der Liquidation fallenden Vertretungshandlungen ermächtigt,[6]) namentlich steht ihnen sowohl im Prozeß[7]) wie außerhalb desselben[8]) die

[3]) Art. 136. Die Bestimmung bezieht sich auf alle Liquidatoren. Einzelvollmacht nur auf Grund einer Willensübereinstimmung sämmtlicher Betheiligten, d. h. der bisherigen G.er und der Rechtsnachfolger der verstorbenen G.er, oder kraft richterlicher Ernennung, sie bedarf stets ausdrücklicher Erklärung; Keyßner Z 10. 340, 345; Renaud S. 554; R 21. 17 (47); Z 15. 258; Bu. 31. 300; vgl. aber auch Anm. 7.

[4]) Art. 137[2]. Auch hier ist die Zustimmung sämmtlicher Rechtsnachfolger des verstorbenen G.ers erforderlich, richterliche Ermächtigung ist in diesem Fall ausgeschlossen, obervormundschaftliches Dekret ist, auch wenn sich unter den Betheiligten Minderjährige oder sonst Bevormundete befinden, nicht nothwendig. — Veräußerung ist im e. S. zu verstehen und umfaßt nicht die Verpfändung oder Belastung mit dinglichen Rechten; der Begriff der unbeweglichen Sachen ist nach bürgerlichem Recht zu bestimmen. Oeffentliche Versteigerung nicht identisch mit gerichtlichem meistbietenden Verkauf; v. Hahn und Anschütz Komm. zu d. Art.; Keyßner Z 10. 349; Noack: Bu. 4. 211; R. Koch: Bu. 4. 261; Pollitzer Verhalten des H.G.B's zum Immobiliarverkehr S. 67 ff.

[5]) Art. 138; Laband Z 10. 218 f.; Keyßner Z 10. 342. 394; Renaud S. 559. Ebenso wenig wie die Einschränkung ist die gänzliche Ausschließung der Vertretungsbefugniß wirksam. Liquidatoren ohne Vertretungsbefugniß, wie sie Laband S. 219[56] für möglich hält, sind undenkbar.

[6]) Der Liquidator bedarf für die in den Bereich der Liquidation fallenden Handlungen ebenso wenig einer Spezialvollmacht wie der Prokurist und der Handlungsbevollmächtigte. Ausdrücklich hervorgehoben ist seine Befugniß zum Abschluß von Vergleichen und Kompromissen. Vertrag, den der Liquidator als Vertreter der liquidirenden G. mit sich selbst in eigenem Namen schließt, R. civ. 7. 38 (119); oben Anm. 1.

[7]) Die Liquidatoren sind in den Prozessen der Liquidationsgesellschaft nicht Prozeßpartei, so R 10. 86 (356), wohl aber gesetzliche Vertreter im Sinn der R.Civ.Proz.O. Daraus folgt, daß Zustellungen an die liquidirende G. gültig an einen Liquidator bewirkt werden, Civ.Proz.O. 157, und daß bezüglich der Zuschiebung und Zurückschiebung, sowie der Annahme und Ableistung von Eiden die Liquidatoren dieselbe Stellung haben wie die vertretungsbefugten G.er durante societate, oben S. 525. Uebereinstimmend R.O.H.G. in den Anm. 1 angef. Entscheidungen, ebenso Reichsgericht Bu. 42. 24; Seu. 35. 231; a. M. Renaud S. 573 f.; Keyßner Z 10. 374. Die Zustellung der Klage kann nicht deswegen bemängelt werden, weil die o. Hg. und nicht die G. unter der Liquidationsfirma beklagt ist, Z 22. 308; Bu. 24. 327. — Ein Liquidator kann nicht als Vertreter

Digitized by Google

gerichtliche Vertretung der Gesellschaft zu. Neue Geschäfte fallen an sich nicht in den Bereich der Liquidation, sondern nur dann, wenn sie Behufs der Beendigung schwebender Geschäfte eingegangen werden,[9])

---

der liquidirenden G. mit sich selbst in eigenem Namen einen Rechtsstreit führen, daher auch nicht, wenn er in eigenem Namen gegen die G. klagt, namens der letzteren sich selbst die Klage zustellen lassen (?), R. civ. 7. 123 (407). Uebereinstimmend hat das R.O.H.G. angenommen, daß, wenn einer von mehreren Liquidatoren wegen einer G.schuld belangt wird, der Prozeß von den übrigen Liquidatoren allein betrieben werden kann, R 9. 11 (31), dagegen: Z 15. 258; Bu. 31. 300. Der Liquidator ist übrigens auch im Prozeß nur Vertreter der liquidirenden G., nicht der einzelnen G.er, R 5. 90 (390); es ist kein Grund vorhanden, den letzteren die Befugniß zu versagen, in einen solchen Prozeß als Nebenintervenienten einzutreten, vgl. Civ.Proz.O. 63. In Bu. 15. 115 wird, anscheinend unter Zustimmung v. Hahn's, S. 521 Anm. 17 die Unzulässigkeit aus dem unrichtigen Grunde abgeleitet, daß den Liquidatoren die ausschließliche Vertretungsbefugniß der liquidirenden G. zusteht; vgl. oben Anm. 1, auch R 21. 124. Klage des Liquidators gegen einen G.er wegen einer der G. zustehenden Forderung, Z 8. 597. Befugniß des Liquidators zur Fortführung der vor der Auflösung von der G. begonnenen Prozesse, R 21. 41 (128). Ist der zum Liquidator bestellte G.er zugleich Cessionar der Gesellschaftsforderungen, so kann er dieselben entweder als Cessionar in eigenem oder als Liquidator im Namen der G. einklagen, aber nicht beide Legitimationsgründe mit einander kumuliren, ebendas.

[8]) Insbesondere gehört dahin die Vertretung vor dem Grundbuchrichter. Die Unbeschränktheit der Vertretungsbefugniß, abgesehen von der Beschränkung in Betreff der Veräußerung von Immobilien und der Eingehung neuer Geschäfte, macht sich auch hier geltend, vgl. Anm. 10.

[9]) Neue Geschäfte im Sinn des Art. 137 sind alle Geschäfte, „die nicht unmittelbar den Erfolg haben, die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten G. zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen oder das Vermögen der G. zu versilbern." Dieselben sind „zur Beendigung der schwebenden Geschäfte" eingegangen, wenn sie mittelbar auf die Herbeiführung dieses Erfolges gerichtet sind, man kann sie alsdann in Erinnerung an die entsprechende Bezeichnung der Handelsgeschäfte accessorische Liquidationsgeschäfte oder Liquidationshülfsgeschäfte nennen. Der Kreis derselben ist in abstracto weiter als der der accessorischen Handelsgeschäfte, da auch Verträge über Immobilien hierher gehören können; andererseits fehlt es in Bezug auf den Zusammenhang des einzelnen Geschäfts mit der Liquidation an Rechtspräsumtionen, so daß jeder einzelne Fall besonders zu prüfen ist. Für den Dritten erwächst hieraus eine Erkundigungspflicht, es muß aber, wenn die durch das Gesetz den Liquidatoren ertheilte Ermächtigung zur Eingehung neuer Geschäfte nicht völlig werthlos werden soll, genügen, wenn eine mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes angestellte Untersuchung dazu führt, einen derartigen Zusammenhang anzunehmen. Ist dies der Fall, so kann es nicht mehr darauf ankommen, ob das neue Geschäft zur Abwickelung nothwendig war, oder ob letztere sich auf einem anderen Wege besser hätte durchführen lassen. Diese Erwägungen können möglicherweise für die

Digitized by Google

können aber unter dieser Voraussetzung auch von den Liquidatoren gültig abgeschlossen werden.[10]) Daß die Voraussetzung zutrifft, muß im Streitfall von demjenigen dargethan werden, der aus einem solchen Geschäfte Rechte gegen die liquidirende Gesellschaft und deren Mitglieder herleitet.[11])

Bei der Abgabe von Unterschriften sollen die Liquidatoren die Liquidationsfirma unter Beifügung ihrer Namensunterschriften zeichnen. Dies ist indeß, wie in ähnlichen Fällen, lediglich eine Ordnungsvorschrift, keine Bedingung für die Gültigkeit der abgegebenen Erklärung.[12])

Verantwortlichkeit der Liquidatoren gegenüber der G., nicht aber für die Rechtsgültigkeit des von ihnen im Namen der liquidirenden G. abgeschlossenen Geschäfts von Bedeutung sein. In dem angedeuteten Umfang liegt bei den von den Liquidatoren gezeichneten Orderpapieren (Wechseln) die Erkundigungspflicht nicht blos dem ersten Nehmer, sondern auch dem späteren Erwerber ob. Gleiches gilt auch in Betreff der Inhaberpapiere, insoweit die Ausstellung derselben zulässig ist. R 13. 76 (223); 21. 99 (307); R. civ. 4. 17 (65); Bu. 15. 430; 38. 235; Keyßner Z 10. 350 ff.; 11. 493 ff.; v. Hahn zu Art. 137 §§ 3–6; Renaud S. 563 f.

[10]) Zu Zweifeln geben besonders die Fälle Veranlassung, in denen die Liquidatoren Verpflichtungen namens der G. übernehmen: Aufnahme von Darlehen, Ausstellung, Indossament, Annahme von Wechseln, Unterzeichnung von Verpflichtungsscheinen, Annahme von Anweisungen. — Wechselprolongation R. civ. 4. 17. Anerkennung verjährter Forderungen ist keine zur Beendigung schwebender Geschäfte dienende Erklärung, R 9. 25 (84). Der Zweifel kann aber auch entstehen, wenn es sich um den Erwerb von Rechten für die liquidirende G. handelt; auch hierbei liegen neue Geschäfte vor, falls der Erwerb nicht lediglich die Realisirung eines bereits vor der Auflösung abgeschlossenen Geschäftes ist, Bu. 36. 181; Z 8. 596. Erwerb von Immobilien oder dinglichen Rechten an denselben v. Hahn § 6 gegen Keyßner Z 10. 360. Auch die Verpfändung von Immobilien gehört hierher, sie fällt nicht, wie Noack Bu. 4. 211 annimmt, unter Art. 137[2].

[11]) R 13. 76. Damit ist nicht gesagt, daß die Behauptung des Zusammenhanges zur Begründung der gegen die liquidirende G. oder deren Mitglieder angestellten Klage gehört; bei Wechselklagen kann nach R 21. 99 der Kläger einen dahin abzielenden Einwand gewärtigen; ebenso Keyßner Z 10. 539; 11. 498. Das Gleiche wird auch bei anderen Klagen anzunehmen sein. Keines Nachweises bedarf es, wenn der Liquidator aus dem von ihm abgeschlossenen Geschäft Klage erhebt, Bu. 36. 180. Ob und in wie weit ein Nachweis bei gerichtlichen Erklärungen außerhalb des Prozesses erforderlich ist, hängt von dem Umfang der dem Richter zustehenden und bezw. obliegenden causae cognitio ab.

[12]) Art. 139; R 9. 65 (215); Keyßner Z 10. 394; Renaud S. 560. — In Betreff der Frage, ob ein Geschäft namens der liquidirenden G. eingegangen, kommt Art. 114[2] zur Anwendung.

Digitized by Google

Die von den Liquidatoren innerhalb ihrer Befugniß[12a]) eingegangenen Verbindlichkeiten erzeugen ebenso wie die während des Bestehens der Gesellschaft begründeten Gesellschaftsschulden neben der Haftung der liquidirenden Gesellschaft eine solidarische Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter, bezw. ihrer Rechtsnachfolger.[13]) Die Haftung der liquidirenden Gesellschaft stellt sich auch hier als eine gegen das Gesellschaftsvermögen geltend zu machende Gesammthaft der Gesellschafter und ihrer Rechtsnachfolger dar.[14])

Die Befugniß der Gesellschaftsgläubiger, sich an die einzelnen Gesellschafter zu halten, wird weder durch die Auflösung der Gesellschaft noch durch Eintritt derselben in das Liquidationsstadium beeinträchtigt.[15])

[12a]) Für den Fall, daß Jemand fälschlich als Liquidator einer o. Hg. auftritt oder bei der Liquidation seine Vollmacht überschreitet, ist oben S. 361 auf das bürgerliche Recht verwiesen. R. civ. 6. 60 (214) findet im Art. 55 ein allgemeines, nicht blos auf alle Fälle des handelsrechtlichen falsus procurator, sondern auch im Civilrecht anwendbares Prinzip. Vgl. auch Keyßner Z. 11. 493 ff.

[13]) Art. 137, 138, 144. v. Hahn zu dem letzten Art. § 3; Keyßner Z 10. 372; Renaud S. 561. Unrichtig R 21. 17 (47): „Jedenfalls kann nicht einmal die von allen Liquidatoren in Gemeinschaft abgegebene Erklärung, welche nur die Liquidationsfirma als solche, deren Vertreter die Liquidatoren sind, verpflichtet, eine Verpflichtung der einzelnen Theilnehmer der aufgelösten G. in gleicher Weise begründen, wie nach Art. 112 die G.er als singuli bezüglich der während des Bestehens der o. Hg. rechtsgültig begründeten G.verbindlichkeiten verpflichtet werden." Vielmehr findet zufolge Art. 144 die Bestimmung des Art. 112 auch auf die von den Liquidatoren innerhalb der ihnen zustehenden Vollmacht namens der liquidirenden G. eingegangenen Verbindlichkeiten Anwendung. Mehrere Rechtsnachfolger eines verstorbenen G.ers haften für die von den Liquidatoren eingegangenen Verpflichtungen ebenfalls in derselben Weise wie für die während des Bestehens der o. Hg. begründeten G.schulden.

[14]) Die neuen Verbindlichkeiten können ebenso wie die aus dem Bestand der o. Hg. herrührenden G.schulden sowohl gegen die liquidirende G. wie gegen die einzelnen Mitglieder geltend gemacht werden. Einer Vorausklage der liquidirenden G., ehe die Mitglieder angegangen werden, bedarf es ebenso wenig wie während des Bestehens der o. Hg., v. Hahn zu Art. 144 Anm. 8. Wird zunächst gegen die liquidirende G. geklagt, so entscheiden in Bezug auf die Wirkung der Judikate für und gegen die einzelnen Mitglieder die oben S. 526 f. dargelegten Grundsätze. Die Haftung der Rechtsnachfolger eines verstorbenen G.ers bestimmt sich nach erbrechtlichen Grundsätzen. Unter Umständen kann es zweifelhaft sein, ob die Liquidationsgesellschaft oder die einzelnen G.er verklagt sind, einen solchen Fall entscheidet R 21. 17 (45).

[15]) R 5. 90 (391); 13. 51 (144); 21. 17 (45); R.civ. 9. 3 (14); Bu. 22.

Digitized by Google

Für das innere Verhältniß der Liquidationsgesellschaft ist entscheidend, daß, wie bereits hervorgehoben, die einzelnen Gesellschafter und ihre Rechtsnachfolger, dagegen nicht die Gesellschaftsgläubiger, einen Anspruch auf die ordnungsmäßige Durchführung der Liquidation haben.[16]) Wie beim Einverständniß sämmtlicher Betheiligter von der Liquidation ganz Abstand genommen werden kann, so ist unter dieser Voraussetzung auch möglich, dieselbe, nachdem sie bereits eingetreten, zum Stillstand zu bringen, wie auch sie in ihrem Verlauf beliebig zu dirigiren.[17]) Die Liquidatoren, und zwar auch die vom Richter ernannten, sind verpflichtet, einstimmigen Anweisungen der Gesellschafter Folge zu leisten.[18]) So lange aber derartige Anweisungen nicht erfolgt sind, deckt sich ihre Befugniß zur Geschäftsführung mit ihrer Vertretungsbefugniß[19]) und sie haben auch den einzelnen Gesellschaftern gegenüber alle zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlichen Zuständigkeiten.[20]) Insbesondere können sie Behufs Durchführung der Liquidation die Gesellschafter zur Leistung der versprochenen Einlagen anhalten. Dagegen sind die letzteren im Liquidationsstadium

---

283; 27. 64. Die Liberation des bisherigen G.ers bedarf einer unzweideutigen Erklärung des Gläubigers, Z 8. 583; Bu. 25. 285; 28. 368.

[16]) Vgl. oben § 81, Anm. 10 und 12. Einen Anspruch auf Durchführung der Liquidation haben zwar auch die Privatgläubiger eines G.ers im Fall des Art. 126, indeß stehen die Liquidatoren zu ihnen ebensowenig in einem Auftragsverhältniß wie zu den G.gläubigern.

[17]) Der Richter kann zwar aus wichtigen Gründen die Auflösung der G. aussprechen und auf Antrag eines G.ers Liquidatoren ernennen, dagegen ist ihm nirgends, weder vor, noch im Liquidationsstadium die Befugniß ertheilt, in den Betrieb der G.geschäfte einzugreifen. Reichsger. Braun und Blum Annal. 10 S. 482; R.civ. 12. 7 (32). Er kann also den Liquidatoren auch keine Anweisungen ertheilen. Anders v. Hahn zu Art. 133 a. E.; Keyßner Z 10. 338.

[18]) Art. 140; R 24. 58 (223). Die Rechtsnachfolger eines verstorbenen G.ers müssen ebenfalls sämmtlich zustimmen, oben S. 565 zu Anm. 10, 11. Auch im gemeinrechtlichen Theilungsprozeß muß der Richter dem übereinstimmenden Willen der Interessenten in Bezug auf die Art der Auseinandersetzung Folge geben, L. 22 D. comm. div. (10. 3); Reichsgericht in Blum Urth. u. Annal. 1. 214.

[19]) Eine Differenz ergiebt sich, wenn die Anweisungen der G.er den Liquidatoren innerhalb der ihnen gesetzlich zustehenden Vertretungsbefugniß Schranken auferlegen, oben S. 571 f.

[20]) Vgl. hierzu im Allgemeinen und insbesondere über die Befugniß des Liquidators, von den G.ern, die sich bei Auflösung der G. im Besitz von G.vermögen befinden, dessen Spezifikation und Herausgabe, sowie Rechnungslegung in Betreff der für die G. geführten Geschäfte zu fordern, R 21. 45 (141). Einklagung von Forderungen der G. an die einzelnen G.er oben Anm. 7.

Digitized by Google

eben so wenig wie während des Bestehens der Gesellschaft verpflichtet, die versprochene Einlage zu erhöhen, die durch Geschäftsverluste absorbirte zu erneuern und die Liquidatoren können Zuschüsse über die versprochene Einlage hinaus selbst dann nicht von ihnen beanspruchen, wenn ohne dieselben die Liquidation unausführbar sein sollte.[21])

Das naturgemäße Ende der Liquidation und demgemäß auch für die Thätigkeit der Liquidatoren ist die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern.[22]) Sie besteht in der Vertheilung des in Geld umgesetzten, nach der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger

---

[21]) Die Liquidatoren können die Illation der „rückständigen" Einlagen fordern, R 22. 30 (136). Darunter sind aber nicht blos diejenigen zu verstehen, mit denen die G.er zur Zeit der Auflösung im Verzuge waren, sondern alle versprochenen, bei der Auflösung der G. noch nicht geleisteten Einlagen. Die Einlagepflicht kommt mit der Auflösung der G. nicht in Wegfall; denn die Einlagen sollen bestimmungsmäßig nicht blos produktiven Zwecken dienen, sondern haben, „gleich allen Aktiven der G., zugleich auch die Bestimmung, zur Tilgung der Verbindlichkeiten der G. verwendet zu werden", R 25. 38 (163). Allerdings können sich die G.er durch gegenseitige Uebereinkunft wie jederzeit durante societate, so auch nach Auflösung der G. und im Liquidationsstadium von der Einlagepflicht entbinden; ein derartiger Erlaß kann in der Vereinbarung, vom G.vertrag zurückzutreten, enthalten sein, R 21. 45 (145), oben § 81 Anm. 11. Eine Verschärfung der Einlagepflicht tritt in Folge der Liquidation nicht ein, die in Pr 132 vorgeschlagene Bestimmung, welche die Liquidatoren ermächtigte, bei nicht ausreichendem Kassenbestand Zuschüsse zur Deckung der fälligen Schulden von den einzelnen G.ern nach Verhältniß ihrer Antheile am Verlust zu fordern, ist bereits in 1. Les. abgelehnt worden, Prot. 253 f., R 22. 30 (136). Die Liquidatoren können demnach die Einlagen nur beanspruchen, wenn und insoweit die Forderung derselben durch den G.vertrag begründet ist; Einreden, welche dem Anspruch auf Illation während des Bestehens der G. entgegenstanden, können auch im Liquidationsstadium geltend gemacht werden, R 25. 38 (168). Die einem G.er eingeräumte Befugniß zu Bezügen aus der G.kasse für den Privatgebrauch gewährt, da sie den Fortbestand der G. voraussetzt, keine Kompensationseinrede gegen die Illationsforderung, auch nicht in Betreff der während des Bestehens der G. nicht erhobenen Beträge, a. a. O. S. 165 f. Einlagen sollen ferner im Liquidationsstadium nur Behufs der Liquidation gefordert werden; indeß entscheidet über Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit zunächst das Ermessen des Liquidators; der in Anspruch genommene G.er kann keinen besonderen Nachweis hierfür verlangen, ebendas. S. 167. Unrechtfertigkeiten des Liquidators berechtigen nicht zur Retention der schuldigen Leistung, R 12. 12 (42). — Befugniß des Liquidators, die Umschreibung (Auflassung) der während des Bestehens der G. eingebrachten Grundstücke auf die G.firma zu verlangen, das. S. 39 ff.

[22]) Art. 142[1], vgl. dazu v. Hahn; Keyßner Z 10. 375 ff., Renaud C.G. S. 576 ff.

Digitized by Google

verbleibenden Reinvermögens.[23]) Die Vertheilung kann endgültig erst erfolgen, wenn auf Grund der Schlußbilanz die Kapitalkonten der Gesellschafter regulirt sind. Dabei ist dasselbe Verfahren einzuhalten wie bei dem jährlichen Rechnungsabschluß während des Bestehens der Gesellschaft. Die Einlagen sind mit vier Prozent zu verzinsen[24]) und erst dann sind den Gesellschaftern die ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag oder dem Gesetz zukommenden Gewinn- oder Verlustantheile in Rechnung zu stellen.[25])

---

[23]) Keyßner S. 376. Die Liquidatoren haben den Vertheilungsplan aufzustellen, und falls unter den G.ern kein Streit hierüber besteht, die Vertheilung zu bewirken. R 5. 90 (390). Nicht an den G.er kann die Aushändigung erfolgen, wenn er seinen Antheil am G.vermögen an einen Anderen abgetreten und die G. hiervon in Kenntniß gesetzt hat, sowie wenn seine Privatgläubiger seinen Antheil mit Beschlag belegt haben, Art. 98², 119.

[24]) Art. 144, 106, oben §70 S. 499 ff. Unter den Einlagen sind hier nicht die zur Bildung des G.fonds hergegebenen Beträge zu verstehen, sondern der Betrag des Kapitalguthabens, welches dem G.er nach der letzten Jahresrechnung zukommt. In Abzug zu bringen sind die von ihm aus dem G.fond entnommenen Gelder und die hierfür anzurechnenden Zinsen. Eine ausdrückliche Bestimmung in Betreff der Verzinsung der Einlagen bei der schließlichen Auseinandersetzung enthielt Pr 134; die Mot. bemerken, es entspreche dem bestehenden Recht und dem Gebrauch, daß bei der Auseinandersetzung jedem G.er die Einlagen nebst Zinsen gutgeschrieben werden. Nach den Prot. 254 ist nicht anzunehmen, daß der gegenwärtigen, bereits in E I enthaltenen Fassung die Absicht zu Grunde lag, in dieser Hinsicht eine materielle Aenderung eintreten zu lassen. Die Bemerkung von Renaud S. 577, Zinsen seien deswegen nicht gutzuschreiben, weil die Berechnung derselben nur am Schluß des Geschäftsjahres stattfinde, ist nicht zutreffend. Von einem Geschäftsjahr im e. S. kann zwar nach Auflösung der G. nicht mehr die Rede sein; daraus folgt aber nur, daß die Gutschrift der Zinsen nicht mehr alljährlich, sondern in der Regel erst bei der schließlichen Auseinandersetzung zu geschehen hat. Uebereinstimmend Keyßner S. 377; v. Hahn, Anschütz zu Art. 142, 144; Lastig in Endemanns Handbuch S. 423. Was die durch Art. 108² dem G.er gewährte Befugniß zur Entnahme von Zinsen und Gewinnantheilen aus dem G.fond anlangt, so ist der Ansicht von Hahn's, daß in Betreff der Gewinnantheile die Bestimmung des Art. 141 Platz greife, dagegen die Befugniß zur Entnahme von Zinsen auch für das Liquidationsstadium anzuerkennen sei, mit der Maßgabe beizustimmen, daß diese Befugniß nach der Auflösung nicht mehr auf ein Jahr beschränkt ist, da die letztgedachte Beschränkung eben auch das Vorhandensein von Geschäftsjahren voraussetzt.

[25]) Ein Beispiel der Vertheilung von Gewinn und Verlust, welches namentlich auch bestätigt, daß an die letzte während des Bestehens der o. Hg. aufgestellte Bilanz anzuknüpfen ist, giebt Wolff im Centralorgan N. F. IV S. 1 ff. Vgl. im Allgemeinen auch Seu. 37. 323 (Reichsgericht).

Digitized by Google

Reicht das Gesellschaftsvermögen nicht aus,[26]) um die Guthaben sämmtlicher Gesellschafter zu decken, so müssen die Kapitalkonten einzelner Gesellschafter einen Passivsaldo aufweisen; die mit einem Aktivsaldo betheiligten Gesellschafter erleiden alsdann bei dem Gesellschaftsvermögen einen verhältnißmäßigen Ausfall und haben von den belasteten Gesellschaftern antheilsweisen Ersatz hierfür zu beanspruchen.[27]) Die Verwirklichung dieses Anspruches liegt jedoch außerhalb der Liquidation.[28])

In Ermangelung eines besonderen Abkommens hat kein Gesellschafter Anspruch auf Rückgabe der in das Eigenthum der Gesellschaft inferirten Gegenstände,[29]) andererseits können keinem Gesell-

[26]) Ueber den Fall, in welchem das Vermögen der G. nicht zur Deckung der G.schulden ausreicht, s. folg. §.

[27]) Streitig ist, ob ein durch die Insolvenz eines mit einem Passivsaldo belasteten G.ers herbeigeführter Ausfall auf sämmtliche übrige G.er zu übertragen ist, oder nur die mit einem Aktivsaldo betheiligten nach Verhältniß ihres Guthabens trifft. Für die erste Ansicht Auerbach Gesellsch.w. S. 117; v. Hahn zu Art. 142 § 5; Renaud S. 581; Lastig S. 423; für die zweite Ansicht Puchelt zu Art. 142. Die R.C. war bei der 1. Les. der ersten Ansicht, in 2. Les. machte sich eine veränderte Auffassung geltend; die Aufnahme einer Bestimmung hierüber ist in beiden Les. abgelehnt worden, Prot. 254, 1014—1016. Die Vertheilung des Ausfalls unter sämmtliche G.er läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn man darin eine Minderung des G.vermögens erblickt; dies ist aber nur hinsichtlich der Beträge der Fall, welche der G.er als versprochene Einlagen oder aus sonstigen Verbindlichkeiten zum G.fond zu leisten hat; diese Beträge haben die Liquidatoren einzuziehen, und wenn sie uneinbringlich sind, vom Aktivvermögen abzuschreiben. Nicht dasselbe gilt, wenn ein G.er außer Stande ist, den ihn treffenden Verlustantheil zu decken. Durch einen solchen Ausfall wird das G.vermögen nicht gemindert, das Ergebniß in Bezug auf Gewinn und Verlust nicht, wie v. Hahn annimmt, geändert. Daher werden von dem Ausfall nur diejenigen G.er betroffen, die auf dieses Passivum angewiesen sind. Ob die Insolvenz bereits zur Zeit der Auseinandersetzung vorhanden war oder erst später eingetreten ist, macht keinen Unterschied. — Zu demselben Ergebniß kommt übrigens auch Treitschke S. 208 ff.

[28]) Der Liquidator ist nicht befugt, die von den G.ern zu deckenden Verlustbeträge einzufordern, R 5. 90. 391; vgl. Anm. 21.

[29]) Art. 143. Der G.er, der Sachen in das Eigenthum der G. inferirt hat, „erhält den Werth aus dem G.vermögen erstattet, für welchen sie gemäß Uebereinkunft übernommen wurden", oder falls es an einer solchen Uebereinkunft fehlt, „den Werth, welchen die Sachen zur Zeit des Einbringens hatten", d. h. dieser Werth ist den G.ern als Betrag der Einlage gut zu schreiben, vgl. hierzu R.civ. 9. 32 (144); Bu. 25. 295. Die nur zur Benutzung eingebrachten Sachen fallen mit Auflösung der G. an den inferirenden G.er zurück. Im Uebrigen hat kein G.er Anspruch auf einzelne Bestandtheile des G.vermögens oder auf ideelle

Digitized by Google

schafter gegen seinen Willen Vermögensstücke der Gesellschaft in Anrechnung auf sein Guthaben aufgedrungen werden.[30])

Der definitiven Auseinandersetzung kann, wenn schon während der Liquidation Gelder verfügbar sind, eine vorläufige Vertheilung vorausgehen.[31]) Ebenso ist aber die Möglichkeit vorhanden, daß Nachträge zu der als definitiv gemeinten Auseinandersetzung erforderlich werden.[32]) In beiden Fällen kann, wenn sich demnächst herausstellt, daß ein Gesellschafter bei der früheren Vertheilung zuviel erhalten, die Rückgabe des zuviel Empfangenen zum Gesellschaftsfond gefordert werden.[33]) Zugleich mit der Schlußvertheilung haben die Liquidatoren ihrer Obliegenheit in Betreff der Rechnungslegung zu genügen, während der Liquidation sind sie zu einer solchen regelmäßig nicht verbunden.[34])

Die Liquidatoren haften den Gesellschaftern und ihren Rechtsnachfolgern, wenn sie selbst Gesellschafter sind, für den Fleiß und die Sorgfalt, die sie ihren eigenen Angelegenheiten zuzuwenden pflegen,[35]) sonst für die Sorgfalt, die ein Beauftragter bei Wahrnehmung fremder Geschäften zu gewähren hat.[36]) Dritten Personen sind die Liqui-

---

Theile derselben; auch die G.forderungen kann er ohne Ueberweisung weder ganz noch zu ideellen Theilen geltend machen. Ausnahme Z 22. 283. Die Benutzung des G.vermögens während der Liquidation steht den G.ern nur mit Zustimmung der Liquidatoren zu, Bu. 3. 117; vgl. R 10. 102 (436 f.).

[30]) Werden einem G.er G.forderungen in Anrechnung auf sein Guthaben überwiesen, was nur auf Grund einer Uebereinkunft zulässig ist, so bestimmt sich die Haftung der übrigen G.er für Bonität und Verität der Forderung nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, v. Hahn zu Art. 142 § 3; oben § 81[9], vgl. auch Zus. II. a. E. dieses §.

[31]) Art. 141. Statthaftigkeit einer Klage auf vorläufige Vertheilung gegen den Liquidator, R 3. 72 (336); Seu. 23. 158; v. Hahn, Puchelt zu d. Art.; Renaud S. 583; Lastig S. 417 f.; a. M. Keyßner Z 10. 380.

[32]) So namentlich wenn Aktiva oder Passiva übersehen oder unrichtig angesetzt, wenn schwebende Geschäfte irrthümlich als erledigt betrachtet worden sind. In solchen Fällen kann jeder der Betheiligten Wiederaufnahme der Liquidation fordern.

[33]) Den Anspruch auf Rückerstattung kann der Liquidator geltend machen, v. Hahn zu Art. 141; Renaud S. 583; a. M. Keyßner Z 10. 379.

[34]) R 12. 12 (41); 25. 82 (344); Bu. 41. 313 f.; vgl. auch oben § 80 Anm. 24. Frühere Rechnungslegung ist namentlich (nicht blos) dann erforderlich, wenn das Amt der Liquidatoren vor Beendigung der L. aufhört.

[35]) Dies folgt aus Art. 144 in Verbindung mit Art. 94. Der G.er, der die Liquidation besorgt, handelt doch immer in Angelegenheiten der G. Ob er durch das Gesetz, durch besonderen Auftrag oder durch richterliche Ernennung zur Liquidation berufen ist, macht keinen Unterschied. Andere Ansichten bei Renaud S. 557 f.

[36]) Wenn die Uebernahme der Liquidation für den Liquidator ein Handelsgeschäft ist, kommt Art. 282 zur Anwendung.

Digitized by Google

datoren nicht zur Sorgfalt verpflichtet, namentlich nicht den Gesellschaftsgläubigern.[37])

Ein Anspruch auf Vergütung steht ihnen ohne besondere Verabredung nur, wenn sie nicht Gesellschafter sind und auch in diesem Fall nur dann zu, wenn die Voraussetzungen des Art. 290 zutreffen oder wenn der Anspruch nach Handelsgebrauch oder bürgerlichem Recht begründet erscheint.[38])

Streitigkeiten, die in Betreff der Auseinandersetzung entstehen, sind im Rechtsweg zum Austrag zu bringen.[39]) Hierauf bezügliche Ansprüche der Gesellschafter gegen einander können aber regelmäßig erst nach beendeter Liquidation geltend gemacht werden.[40]) Die Bücher und Schriften der Gesellschaft sind nach beendeter Liquidation einem Gesellschafter oder einem Dritten zur Aufbewahrung zu übergeben. Die Person des Aufbewahrers ist in Ermangelung einer gütlichen Uebereinkunft durch den Richter zu bestimmen.[41]) Die Gesellschafter

---

[37]) R 25. 68 (278). Sie haften den Gläubigern nicht für eine den Vorschriften der Konk.Ordn. entsprechende Vertheilung des G.vermögens. „Behufs Verhinderung der Entfremdung des G.vermögens sind die G.gläubiger auf die allgemeinen Arrestmaßregeln beschränkt.“ Die Haftung ist aber nur insoweit zu verneinen, als die Benachtheiligung in einer Verabsäumung der Sorgfalt, nicht wenn sie in einem Dolus ihren Grund hat. Dolos ist die Handlungsweise des Liquidators namentlich dann, wenn sie unter den Thatbestand des § 211 der R.Konk.O. fällt; vgl. auch R.Konk.O. 214.

[38]) Art. 144 vgl. mit Art. 93[3]; übereinstimmend Bu. 45. 358, auch R 3. 52 (230), oben § 81[17]; Keyßner Z 10. 396; abweichende Ansichten: v. Hahn, Anschütz zu Art. 144; Renaud S. 558; Lastig in Endem. Handb. I S. 422.

[39]) Art. 142[2]. Die Bestimmung bezieht sich sowohl auf Streitigkeiten der Gesellschafter mit den Liquidatoren, wie auf Differenzen der Gesellschafter untereinander. Das arbitrage forcé hat glücklicherweise im H.G.B. keine Aufnahme gefunden; die Liquidatoren haben nicht das Amt von Schiedsrichtern, falls ihnen dasselbe nicht besonders übertragen ist, Mot. zu Pr 134; R 5. 90 (390), auch R 1. 65 (222).

[40]) R 12. 90 (274); 23. 67 (194); Seu. 36. 211; 37. 323; Bu. 12. 25; 25. 295. Die Gründe sind, daß erst nach beendeter Liquidation der Stand der gegenseitigen Ansprüche sich übersehen läßt und daß die G.er ihre Befriedigung zunächst aus dem G.fond zu gewärtigen haben. Daraus ergiebt sich, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen von der obigen Regel gerechtfertigt sind, vgl. R 23. 67 (194). Ein G.er, der G.schulden bezahlt, hat zwar einen Ersatzanspruch, der, wenn der G.fond nicht zureicht, auch schon vor beendeter Liquidation geltend gemacht werden kann, allein er hat nicht schon vor der Zahlung Anspruch darauf, gegen Klagen der Gläubiger sichergestellt zu werden, R 12.12 (42).

[41]) Art. 145[1]. Nach den Mot. zu Pr 138 dient die Bestimmung zur Aus-

Digitized by Google

und deren Rechtsnachfolger haben fortdauernd das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.[42. 43])

Das mit dem Abschluß der Liquidation eintretende Erlöschen der Liquidationsfirma und der Vollmacht der Liquidatoren sind zum Handelsregister zu verlautbaren.[44])

---

führung der Vorschrift des Art. 33, oben S. 290. Dies darf jedoch nicht als der ausschließliche Zweck derselben betrachtet werden. Die G.er können ein über die gesetzliche Aufbewahrungspflicht hinausgehendes Interesse an der Erhaltung der Bücher und Papiere haben, diese „bilden bis zu ihrer Vernichtung einen untheilbaren Vermögensgegenstand unter gemeinsamer oder sonst entsprechend geordneter Verwaltung", Goldschmidt Z 29. 363; vgl. auch die Mot. zu Er Tit. 3 Art. 59. In Ermangelung einer gütlichen Einigung ist jeder G.er, bezw. jeder Rechtsnachfolger eines verstorbenen G.ers befugt, den Richter (Art. 145: das Handelsgericht) anzugehen. Ob die Ernennung eines Aufbewahrers durch den Richter im Wege des Prozesses oder als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu geschehen hat, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles; sie setzt jedenfalls das Anrufen eines Betheiligten voraus. Vgl. übrigens Keyßner Z 10. 397 f.; Renaud S. 589 f.; v. Hahn, Anschütz zu d. Art.; Goldschmidt a. a. O.; R 7. 18 (74). Verbleib der Bücher und Schriften, wenn nach der Auflösung ein G.er das Geschäft fortsetzt, R 7. 18; 19. 123 (419); Bu. 5. 462; Anschütz S. 313[1]; oben § 80 Anm. 25.

[42]) Art. 145[2]. Unter den Rechtsnachfolgern sind hier wie in allen ähnlichen Bestimmungen die Rechtsnachfolger des verstorbenen G.ers zu verstehen, nicht diejenigen, denen der G.er seinen Antheil am G.vermögen abgetreten hat; a. M. auf Grund einer Bemerkung in den Mot. zu Pr 138 Keyßner Z 10. 398 f.; dagegen die bei Goldschmidt Z 29. 377 Angeff. Auch nach der Auflösung der G. steht die Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere nur den G.ern persönlich zu und kann nicht durch Vertreter ausgeübt werden, Z 22. 312; Goldschmidt Z 29. 377. Vgl. denselben S. 371, 376 und die hier citirten Entsch.: R 5. 90 (394); 6. 68 (296); 7. 18 (70); — auch oben S. 304.

[43]) In Z 15. 251 wird eine Frage erörtert, bei der ähnliche Gesichtspunkte in Betracht kommen können wie für die Einsicht und Benutzung der Handelsbücher: der Anspruch der bisherigen Gesellschafter auf die Fabrikgeheimnisse (insbesondere Fabrikationsmethoden) der G. Dieselben können als zu versilbernde Bestandtheile des G.vermögens behandelt werden und diese Behandlung wird namentlich dann angezeigt sein, wenn es sich um patentirte oder patentfähige Erfindungen handelt. Werden die Fabrikgeheimnisse aber nicht zu dem veräußerlichen G.vermögen gerechnet, so stehen sie nach der Auflösung der G. jedem G.er zu Gebot. Auch Erfahrungen eines einzelnen G.ers können möglicherweise, wenn sie im Betrieb des G.geschäfts gemacht sind, als Fabrikationsgeheimnisse der G. angesprochen werden; die übrigen G.er haben in einem solchen Fall nach der Auflösung das Recht, die Mittheilung derselben zu fordern.

[44]) Daß die Beendigung der Liquidation einzutragen ist, bestimmt das H.G.B. nicht. Die Löschung der Liquidationsfirma, bezw. der Vollmacht der Liquidatoren, erfolgt auf Anmeldung der G.er und ihrer Rechtsnachfolger; oben

Digitized by Google

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebung. — Die französ. Jurisprudenz und die hier zur Vergleichung herangezogenen fremden G.bücher, mit Ausnahme des holländ., schweizer. und ungar. G.B.'s, behandeln die L. systematisch als ein auf alle H.gen gemeinsam bezügliches Rechtsinstitut, nicht gesondert für die verschiedenen Arten der H.gen. Das ital. H.G.B. läßt auf die allgemeinen Bestimmungen über L. (art. 197—207) noch zwei Abschnitte folgen, von denen sich der erste (art. 208, 209) speciell auf die L. der offenen und der einfachen Kommanditgesellschaft, der zweite (art. 210—218) auf die der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaft bezieht. — Im Einzelnen: a) Frankreich Frémery études p. 67 ss.; Pard. no. 1073 ss.; Bédarr. sociétés III no. 586 ss.; Bravard Veyrières (Demangeat) I p. 429 ss.; Lyon I no. 552 s. — Nach Frémery ist die L. in Frankreich erst während des 18. Jahrh. üblich geworden; noch Savary scheint sie nicht gekannt zu haben. Der Co. enthält nur eine indirekt auf sie hinweisende Bestimmung (art. 64: associés non liquidateurs). Ein Antrag des H.gerichts und der H.kammer zu Lyon, einen Abschnitt hierüber in den Co. aufzunehmen, drang nicht durch; die Gestaltung der L. im heutigen franz. Recht beruht mithin lediglich auf dem Verkehr und der Jurisprudenz; erklärlicherweise sind dabei viele Punkte streitig geblieben. Gleichwohl ist auch in dieser Lehre das französische Recht von bestimmendem Einfluß auf alle neueren G.gebungen gewesen. Hervorzuheben ist Folgendes: Die L. ist wie bei uns fakultativ, d. h. sie tritt nicht gegen den Willen der G.er ein, kann aber von einem einzigen G.er herbeigeführt werden. An sich sind alle G.er zur Theilnahme an der L. berufen (Bédarr. no. 590), doch gehen der Gesammtheit der G.er die durch den G.vertrag oder durch sonstige Uebereinkunft der G.er bezeichneten wie auch die richterlich ernannten Liquidatoren vor. Richterliche Ernennung findet nach der herrschenden Ansicht statt, wenn die Liquidatoren nicht im Voraus designirt und wenn nach der Auflösung nicht sämmtliche G.er über die mit der L. zu beauftragenden Persönlichkeiten einverstanden sind. — Der Zweck der L. wird wesentlich ebenso bestimmt wie in unserem art. 137: La l. consiste à réaliser l'actif pour acquitter le passif et partager le surplus entre les sociétaires, Béd. 606. Für diesen Zweck wird die G. während der L. als fortbestehend fingirt, ihre Firma bleibt als L.firma erhalten. Die Liquidatoren können nicht faire activement le commerce, wohl aber die zur Durchführung der L. erforderlichen Maß-

---

§ 81 Anm. 27, 28. Der Registerrichter hat, wenn das Erlöschen von sämmtlichen Betheiligten angemeldet wird, keine causae cognito darüber, ob die Liquidation wirklich beendet ist, Cl u. A 3. 377, oben S. 576, kann dagegen zufolge Art. 25, 26, 135[3] von Amtswegen einschreiten, wenn die Beendigung glaubhaft dargethan wird und die Anmeldung des Erlöschens der Firma und der Liquidationsvollmacht nicht erfolgt. Und zwar steht ihm diese Befugniß nicht blos dann zu, wenn einzelne, sondern auch wenn sämmtliche Betheiligte sich der Anmeldepflicht entziehen. Doch wird von derselben nur sparsam Gebrauch zu machen sein, da die G.er ein Interesse daran haben können, die Liquidationsfirma wegen künftiger, zur Zeit noch nicht übersehbarer Eventualitäten fortbestehen zu lassen. Der vom Liquidator in Anspruch genommene G.schuldner kann die Legitimation desselben nicht deswegen bestreiten, weil die Liquidation beendet sei, Bu. 20. 91.

Digitized by Google

regeln treffen, namentlich auch Ankäufe machen und Verbindlichkeiten eingehen. Im Einzelnen bestehen Zweifel und Einschränkungen insbesondere in Bezug auf die freihändige Veräußerung von Immobilien, den Abschluß von Vergleichen und Schiedsverträgen, die Aufnahme von Darlehen, die Ausstellung und Begebung von Werthpapieren. Innerhalb ihrer Befugniß sind die Liquidatoren gerichtliche und außergerichtliche Vertreter der liquidirenden G. Insoweit es für den Fortgang der L. erforderlich ist, können sie von den G.ern jedenfalls die rückständigen Einlagen beitreiben, nach Béd. 617 s. auch noch darüber hinaus Zuschüsse fordern bis zum Betrag des Passivsaldos ihres Kapitalkontos (le solde de son compte-courant avec la société). Für die Erfüllung ihrer Obliegenheiten haften sie den G.ern als Mandatare, dagegen nicht direkt den G.gläubigern, vgl. jedoch Code civ. 1166. In Bezug auf die Abberufung wird, wenn G.er durch den G.vertrag oder durch ein vor der Auflösung getroffenes Uebereinkommen mit der L. beauftragt sind, angenommen, daß die Abberufung nur aus bestimmten Gründen oder mit Zustimmung sämmtlicher G.er, einschließlich des abzuberufenden Liquidators, erfolgen kann. In allen übrigen Fällen gilt das ihnen ertheilte Mandat als willkürlich kündbar. Sind die G.er über die Kündigung nicht einig, so entscheidet richterliches Ermessen (vergl. oben S. 493). Das regelmäßige Ende der L. ist die Auseinandersetzung unter den G.ern. Dieselbe erfolgt aber anders als bei uns, regelmäßig im Wege der Realtheilung, hinsichtlich deren auf Code civ. 1872 und die hier in Bezug genommenen Vorschriften über Erbtheilung rekurrirt wird. Nach art. 61 des G. v. 24. Juli 1867 soll die Art der L. (le mode de l.) in derselben Weise wie die Errichtung der G. publicirt werden, vgl. hierzu Béd. Komm. zu d. Ges. no. 619. — b) Holland 32—35. Die L. (vereffening) erfolgt durch die geschäftsführenden G.er, wenn nicht durch den G.vertrag oder durch einen Mehrheitsbeschluß der G.er andere Personen zu Liquidatoren bestellt sind. Bei Stimmengleichheit trifft das Gericht die ihm angemessen erscheinenden Anordnungen. Die Liquidatoren können, soweit erforderlich, von den einzelnen G.ern Zuschüsse nach Verhältniß ihrer Antheile am G.vermögen (voor zijn andeel in de vennootschap) verlangen. Soweit entbehrliche Gelder vorhanden sind, sollen vorläufige Vertheilungen stattfinden. — c) Spanien 336—353. Die L. erfolgt durch die geschäftsführenden G.er, doch kann jeder G.er einen Mehrheitsbeschluß über die Ernennung anderer Liquidatoren herbeiführen. Extranei, die zu Liquidatoren ernannt sind, müssen Kaution bestellen. Die administrirenden G.er sollen bei Vermeidung gerichtlichen Einschreitens binnen 14 Tagen nach der Auflösung ein Inventar anfertigen und den übrigen G.ern, bezw. den Liquidatoren mittheilen. Die Liquidatoren sind verpflichtet, den G.ern monatliche Uebersichten über den Stand der L. mitzutheilen. Sie sind nicht zur Eingehung neuer Geschäfte, zum Abschluß von Vergleichen und Schiedsverträgen ermächtigt und haften den G.ern für dolus und culpa lata. Vertheilungen sollen nicht stattfinden, bevor nicht sämmtliche G.schulden bezahlt sind oder der Betrag hierfür deponirt ist. Behufs der Vertheilung ist ein Vertheilungsplan zu entwerfen, den die G.er binnen 14 Tagen anfechten können. Sind Minderjährige bei der L. betheiligt, so werden dieselben gegen die Erklärungen ihrer Vormünder und Vertreter nicht restituirt. — d) Portugal 735—742, 747 hat die Bestimmungen des holländ. und demnächst theilweise auch des spanischen H.G.B.'s übernommen. Aus Letzterem haben Aufnahme gefunden die Vorschriften über Er-

Digitized by Google

richtung des G.inventars, über Kautionsbestellung im Fall der L. durch Nichtgesellschafter, über die Mittheilung monatlicher Uebersichten an die G.er, wie die Bestimmung, daß die Liquidatoren zum Abschluß von Vergleichen und Schiedsverträgen einer Specialvollmacht bedürfen. Abweichend ist, daß sie den G.ern nicht blos für culpa lata, sondern für jede negligentia haften. — e) Italien 197—209, früher 167—171. Die Motive (relazione Mancini) betonen, daß die Bestimmungen des neuen G.B.'s in unserer Lehre auf einem sorgfältigen Studium der fremden Rechte und der Praxis beruhen; es läßt sich indeß nicht behaupten, daß sich dieselben durch Klarheit und Angemessenheit besonders auszeichnen. Die Liquidatoren werden mangels einer Bestimmung im G.vertrag oder eines einstimmigen Beschlusses der G.er vom Gericht ernannt. Auf richterliche Ernennung können die geschäftsführenden G.er wie jeder, der ein Interesse hieran hat, (chi vi ha interesse, also auch Gläubiger?) antragen. So lange noch keine Liquidatoren bestellt sind, sind die geschäftsführenden G.er verpflichtet, für die Erhaltung des G.vermögens zu sorgen, und zu dringlichen Maßregeln berechtigt. Die Namen der Liquidatoren und Aenderungen in der Person derselben sind öffentlich bekannt zu machen. Sie dürfen a) Immobilien nur meistbietend verkaufen; b) keine neue H.unternehmungen beginnen, widrigenfalls sie persönlich und solidarisch für die eingegangenen Verbindlichkeiten haften; c) den G.ern keine Zahlungen auf den ihnen zustehenden Antheil am G.vermögen machen, so lange die G.schulden nicht bezahlt sind, bezw. der Betrag derselben deponirt ist. Ob bei einer Ueberschreitung des letzten Verbots eine Haftung nur den G.ern oder auch den Gläubigern gegenüber stattfindet, ist nicht ersichtlich. In allen übrigen Beziehungen sind die Liquidatoren gerichtlich und außergerichtlich zur Vertretung der liquidirenden G. befugt, namentlich auch zum Abschluß von Vergleichen und Kompromissen; doch ist die ihnen gesetzlich zustehende Vertretungsbefugniß nicht unbeschränkbar. Den G.ern gegenüber haben sie im Allgemeinen die Stellung von Mandataren. Klagen für und gegen die G. können während der L. nur von den Liquidatoren und gegen dieselben angestellt werden; dagegen wird die Befugniß der Gläubiger, sich an die einzelnen G.er zu halten, durch die L. nicht gehemmt. Wenn die disponiblen Fonds nicht zur Befriedigung der fälligen Verbindlichkeiten ausreichen, so können von den G.ern die erforderlichen Beiträge verlangt werden. In welchem Umfang? art. 202, der sich auf alle G.en bezieht, sagt „insoweit die G.er nach der Natur der G. zu solchen Beiträgen verpflichtet sind oder Einlagen an dieselben verschulden" (o siano debitori ad essa di versamenti sulle quote sociali). Nach dem Komm. von Vidari scheint es, daß bei der Kollektivgesellschaft die G.er auch von den Liquidatoren nöthigenfalls unbeschränkt in Anspruch genommen werden können. — Vorläufige Vertheilungen sollen stattfinden, wenn nach Befriedigung der G.gläubiger mindestens zehn Prozent der den G.ern zustehenden Antheile am G.vermögen (delle quote sociali) disponibel sind. Der definitive Vertheilungsplan gilt als genehmigt, wenn er binnen 30 Tagen nach der Mittheilung von keinem der G.er mittelst einer Klage angefochten ist. — f) Belgien tit. 9 art. 111—121. Die Wahl der Liquidatoren erfolgt durch Mehrheitsbeschluß, doch muß mindestens die Hälfte der G.er zustimmen und die Zustimmenden müssen mindestens drei Viertel des G.vermögens besitzen. In Ermangelung eines solchen Beschlusses greift, falls auch der G.vertrag über die Person der Liquidatoren keine Bestimmung enthält, richterliche Er-

Digitized by Google

nennung Platz. Eines genehmigenden Beschlusses der G.er mit derselben Mehrheit wie solche für die Wahl der Liquidatoren erforderlich ist, bedürfen letztere zu gewissen Rechtshandlungen (Fortsetzung des G.geschäfts, Aufnahme von Darlehen, Ausstellung von Werthpapieren, Verpfändung des G.vermögens, freihändige Veräußerung von Immobilien). Zu sonstigen gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen sind sie ermächtigt, sofern der G.vertrag oder der Ernennungsakt keine besonderen Einschränkungen ihrer Vollmacht enthält. Von den G.ern können sie die rückständigen Einlagen einfordern, sofern ein Bedürfniß hierzu vorhanden ist. Die Gläubiger sind nach denselben Grundsätzen wie im Konkurse zu befriedigen, zunächst die privilegirten, dann die übrigen verhältnißmäßig, ohne daß ein Unterschied zwischen fälligen und nicht fälligen Forderungen gemacht wird, jedoch mit Abzug des Interusurium von letzteren. Nur unter besonderen Voraussetzungen und unter persönlicher Garantie dürfen sich die Liquidatoren zunächst auf Bezahlung der fälligen Schulden beschränken. Für die Erfüllung ihrer Obliegenheiten sind die Liquidatoren nicht nur den G.ern, sondern auch Dritten verantwortlich; den G.ern müssen sie jährlich einen Bericht über den Stand der L. und bei Beendigung derselben Schlußrechnung erstatten. Das Ende der L. erfolgt regelmäßig in der Weise, daß die vorhandenen Baarbestände unter die G.er vertheilt, die nicht versilberten Vermögensbestandtheile ihnen zur Realtheilung überwiesen werden. Diese letztere gehört aber nicht mehr zur Zuständigkeit der Liquidatoren. Die Beendigung der L. ist öffentlich bekannt zu machen. Das belg. Ges. ist das einzige, welches den Begriff der L. auch auf nichtige G. anwendet (art. 112[2]); die Bestimmung über die Art der L. wie die Ernennung der Liquidatoren steht hier dem Richter zu. — g) Schweiz 580—584. Gesetzliche Liquidatoren sind die geschäftsführenden G.er, doch kann jeder G.er die Wahl anderer Liquidatoren beantragen, im Streitfall tritt gerichtliche Ernennung ein. Die Erben des G.ers haben einen gemeinschaftlichen Vertreter bei der L. zu bestellen. Die übrigen Bestimmungen entsprechen unseren Art. 137, 141, 142. — h) Ungarn 108—120 bis auf geringe Fassungsunterschiede mit dem H.G.B. übereinstimmend. —

Aufbewahrung der Bücher und Schriften der G. nach beendeter L. Bédarr. sociétés no. 638. b; Holland 35; Spanien 353; Portugal 747; Italien 209; Ungarn 20.

Im englischen Recht ist die L. (winding up) nur für die joint stock companies gesetzlich geregelt; über die in Betreff der partnerships maßgebenden Grundsätze vgl. Levy intern. comm. law I p. 93 s. Wird die Auflösung derselben auf Grund einer Klage ausgesprochen (oben S. 474 f.), so kann das Gericht zugleich Anordnungen über die Realisation der Bestände und über die Auseinandersetzung unter den G.ern treffen, Smith p. 34.

II. Entwürfe. W 225—31 schließt sich in Bezug auf die mit der „Auseinandersetzung" (der Ausdruck L. ist vermieden) zu beauftragenden Personen dem span. G.B. an. Besondere Ermächtigung ist nothwendig zur Veräußerung von Immobilien, zur Bewilligung von Nachlässen und zum Abschluß von Vergleichen. Wenn der Kassenbestand nicht ausreicht, müssen die Mitglieder „verhältnißmäßige" Zuschüsse leisten. Vorläufige Vertheilung der entbehrlichen Gelder; die definitive Vertheilung erfolgt nach den Grundsätzen über Erbtheilungen, das G.eigenthum wird im Zweifel nach Verhältniß der Einlagen getheilt. — Er Tit. 3 Art. 53—60.

Digitized by Google

Bestimmung der Liquidatoren wie nach dem holländ. H.G.B. Oeffentliche Bekanntmachung durch Eintragung in das H.register und Publikation in den öffentlichen Blättern. So lange die Bekanntmachung nicht erfolgt ist, gilt Dritten gegenüber jeder nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossene G.er zu allen L.'shandlungen ermächtigt. Spezialvollmacht ist zur Veräußerung von Immobilien und zum Abschluß von Vergleichen erforderlich, sonst ist der Umfang der gesetzlichen Vollmacht im Wesentlichen ebenso wie in unserem Art. 137 bestimmt, nur ist von der Eingehung neuer Geschäfte nicht die Rede. Einschränkungen der gesetzlichen Vollmacht sind statthaft, aber Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie öffentlich bekannt gemacht oder ihnen anderweit bekannt geworden sind. Zuschüsse der G.er bei unzureichendem Kassenbestand wie im holländ. Recht. Vorläufige Vertheilung der entbehrlichen Gelder. Die schließliche Auseinandersetzung geschieht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. — Pr 128—138 schließt sich in Bezug auf die Person der Liquidatoren und die Vollmacht derselben (Pr 128—132) an Er an. Eingeschaltet ist eine Bestimmung über die Abberufung: die durch Stimmenmehrheit erwählten Liquidatoren können durch einen Mehrheitsbeschluß, die im G.vertrag oder vom Richter ernannten nur durch richterliche Entscheidung oder mittelst eines einstimmigen Beschlusses der G.er abberufen werden. Abweichend von Er ist, daß Spezialvollmacht nur zur freihändigen Veräußerung von Immobilien verlangt wird und daß die Zuschüsse der G.er bei unzureichendem Kassenbestand nach Verhältniß ihrer Verlustantheile zu leisten sind (vgl. hierzu Mot. S. 72). Die Vorschriften über vorläufige Vertheilungen und die schließliche Auseinandersetzung, sowie über die Rechtsverhältnisse der G.er während der L. (Pr 133—37) stimmen im Wesentlichen mit dem H.G.B. (141—144) überein; nur findet sich keine unserem Art. 144[1] entsprechende Vorschrift; dafür ist ausdrücklich bestimmt, daß bei Berechnung der Antheile jedem G.er seine Einlage nebst Zinsen sowie sein Gewinnantheil gut, sein etwaiger Verlustantheil zur Last geschrieben werden soll, sowie daß die G.er für die Güte der bei der Auseinandersetzung einem von ihnen überwiesenen Ausstände nach Verhältniß ihres Antheils am Gewinn und Verlust haften. — E.I 127—139. An sich steht die L. den nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossenen G.ern oder deren Vertretern zu. Andere Personen können von den G.ern (d. h. einstimmig, Prot. 250) zu Liquidatoren bestellt werden. Richterliche Ernennung aus wichtigen Gründen wie jetzt nach Art. 133[2]. Die Bestimmung über die Abberufung der Liquidatoren fehlt; die Frage, unter welchen Voraussetzungen dieselbe zuläßig sei, sollte offen bleiben (Prot. 250). Nach der Bestellung von Liquidatoren sind die früheren G.er als solche nicht mehr zur Geschäftsführung befugt. Bei einer Mehrheit von Liquidatoren kann in Ermangelung anderer Bestimmung jeder für sich alle zur L. gehörigen Handlungen vornehmen. Hinsichtlich des Umfangs der Befugnisse ist den Vorschriften von Pr hinzugefügt die Berechtigung zur Eingehung neuer Geschäfte, „wenn sie ohne solche die schwebenden Geschäfte nicht erledigen können"; sowie die Bestimmung unseres Art. 140. Beschränkungen der Vertretungsbefugniß sind Dritten gegenüber wirkungslos. Die Form für die Abgabe von Unterschriften ist dieselbe wie nach unserem Art. 139; doch soll die Beobachtung derselben zur Rechtsgültigkeit der Unterschrift gehören. Die Bestimmung über die Haftung für die Güte der bei der Auseinandersetzung den G.ern überwiesenen Ausstände ist weiter ausgeführt. Klagen wegen Erfüllung von G.verbindlichkeiten müssen, falls nicht die

Digitized by Google

G. im Ausland ihren Sitz hat oder Gefahr im Verzuge ist, zunächst im Gerichtsstand der liquidirenden G. angestellt werden. Im Uebrigen besteht Uebereinstimmung mit Pr und dem H.G.B. — E.II 127—137. Es fehlt der Schlußsatz unseres Art. 133[1], ferner unser Art. 134 und unser Art. 144[1], sonst bis auf Fassungsverschiedenheiten ganz mit dem H.G.B. übereinstimmend.

Oesterr. Entwürfe: Om 95; Or 96 f.

Aufbewahrung der Bücher und Schriften der aufgelösten G. W 231; Er 59; Pr 138; E.I 139; E.II 137; Or 96[2].

Die vorstehend erörterten Bestimmungen sind in sämmtlichen Entw. ebenso wie im H.G.B. dem Abschnitt von der o. Hg. eingereiht.

§ 83.

Gesellschaftskonkurs.[1])

I. Die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses hat die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zur Folge[2]). Aber auch über das Vermögen einer bereits aufgelösten Gesellschaft kann Konkurs eröffnet werden, so lange die Vertheilung des Vermögens noch nicht vollzogen ist.[3]) Voraussetzungen der Konkurseröffnung[4]) sind in beiden Fällen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft[5]) und ein Antrag hierzu befugter Personen. Befugt zur Stellung des Antrages ist außer den Konkurs-

[1]) Treitschke §§ 91. 95—101; Morstadt § 20 S. 62; Gelpcke in s. Zeitschr. II S. 31 f.; Auerbach Gesellsch. S. 61. 74. 103; Handelsges. S. 98; Brinckmann § 53; Thöl § 96 a. E.; Endemann §§ 46. 47; Gareis § 29 (S. 165); Lastig in Endem. Handb. I S. 398 ff.; Renaud C.G. §§ 69. 73 (S. 502), 87. 88; R. Koch Z 12. 139 ff.; Goldschmidt Z 27. 39 f.; auch die Abhandlung Z 14. 379 ff.; Keyßner Erhaltung der Handelsgesellsch. S. 7 ff.; ders. Z 30. 533 f.; v. Kräwel Bu. 4. 39; 15. 257; 40. 132; Schmidt Bu. 37. 263; Fitting Konkursrecht S. 397 ff. 92 ff. Ad. Fick der Konkurs der Kollektivgesellschaft. Zürich 1885 (Schweizer. Recht, aber auch das D.H.G.B. berücksichtigend, während der Korrektur erschienen). — Vgl. auch Zus. zu d. §.

[2]) Art. 123[1], oben S. 540[3].

[3]) R.Konk.O. 198, 193[2], österr. K.O. 192[2]; vgl. R. Koch Z 12. 141. G.konkurs über eine nicht eingetragene Hg. R 12. 115 (406). Eröffnung des G.konkurses, nachdem die Firma im H.register gelöscht ist, Cl u. A 4. 735.

[4]) Außer den obigen Voraussetzungen ist erforderlich, daß die G. gemäß Art. 110 ins Leben getreten ist, R 12. 115, ferner, wie aus § 193 hervorgeht, das Vorhandensein eines G.vermögens zur Zeit der Konkurseröffnung, und zwar darf dasselbe nicht so gering sein, daß es voraussichtlich nicht zur Deckung der Kosten des Verfahrens ausreicht, sonst kann die Abweisung des Eröffnungsantrages, bezw. nach der Eröffnung die Einstellung des Verfahrens erfolgen, R.Konk.O. 99, 190, österr. K.O. 66, 154.

[5]) Zahlungsunfähigkeit wird insbesondere angenommen, wenn Zahlungseinstellung vorliegt, R.Konk.O. 198, 94[2]. Die österr. K.O. 194, 197 fordert, gleich der früheren preußischen, stets Zahlungseinstellung.

Digitized by Google

gläubigern jeder Gesellschafter und jeder Liquidator[6]). Eine Verpflichtung, die Konkurseröffnung zu beantragen, spricht die Konkursordnung nicht aus[7]); die Pflicht hierzu kann sich aber aus der den Gesellschaftern und nach Auflösung der Gesellschaft den Liquidatoren obliegenden Sorgfalt ergeben[8]).

Der Gesellschaftskonkurs setzt nicht Zahlungsunfähigkeit der einzelnen Gesellschafter voraus[9]) und zieht daher den Konkurs über das Vermögen der letzteren nicht nothwendig nach sich. Die Vorschriften der Landesgesetze, nach denen zugleich mit jenem immer auch Konkurs über das Vermögen der Gesellschafter zu eröffnen war, sind durch die Reichs-Konkurs-Ordnung außer Kraft gesetzt[10]).

II. Am Gesellschaftskonkurs nehmen nur die Gesellschaftsgläubiger[11]), nicht die Privatgläubiger der Gesellschafter Theil[12]). Zu

[6]) Auch nachdem die G. in Liquidation getreten ist, steht die Befugniß, außer den Liquidatoren, den einzelnen G.ern zu, selbst wenn sie nicht an der Liquidation betheiligt sind. Wenn der Antrag nicht von allen G.ern oder allen Liquidatoren gestellt wird, ist Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit und Anhörung der übrigen G.er oder Liquidatoren nothwendig, R.Konk.O. 199, 97; österr. K.O. 198. Einspruch oben § 69[15], § 72[6]. Auch im Fall eines von sämmtlichen G.ern oder Liquidatoren gestellten Antrages muß der Vorschrift des § 96 R.Konk.O. (österr. K.O. 195) entsprochen werden.

[7]) Anders die frühere Preuß. Konk.O. 286[2], österr. K.O. 197[2].

[8]) Es ist nicht ausgeschlossen, daß durch eine Versäumung der Konkursanmeldung das Interesse der G.er geschädigt wird. Die jedem G.er zustehende Befugniß, die Konkurseröffnung zu beantragen, ist zwar ein Mittel, dieser Schädigung vorzubeugen, indeß wird dasselbe nicht immer ausreichen, so z. B. nicht, wenn dem G.er nicht blos die Geschäftsführung, sondern auch die Kontrolbefugniß und in Folge dessen die Gelegenheit entzogen ist, die Zahlungsunfähigkeit der G. in Erfahrung zu bringen. Eine Verantwortlichkeit Dritten gegenüber wird durch die Versäumniß nicht begründet, wohl aber Strafbarkeit, wenn bezüglich des G.geschäfts der Thatbestand einer unter Art. 209—212, 214 fallenden Handlung vorliegt, oben S. 581 Anm. 37. — Strafrechtliche Haftung der G.er für ordnungsmäßige Buchführung R.Konk.O. 209[3],[4]; 210[2],[3]; Oppenhof Str.G.B. (9. Aufl.) S. 683[15], vgl. auch R.st. 12. 23 (80).

[9]) Vgl. namentlich v. Hahn zu Art. 122 §§ 12 ff.

[10]) Nur über das Vermögen der zahlungsunfähigen G.er und nur, wenn in Betreff derselben ein entsprechender Antrag vorliegt, ist Konkurs zu eröffnen, Renaud S. 490; Keyßner Z 30. 533. — Frühere Landesgesetzgebung v. Hahn §§ 26, 31 f., ausdrücklich aufgehoben durch § 4 E.G. zur R.Konk.O.; oben § 62 a. E. Nach § 199 österr. K.O. ist noch jetzt zugleich mit dem G.konkurs von Amtswegen Konkurs über das Privatvermögen sämmtlicher G.er einzuleiten.

[11]) H.G.B. 122; R.Konk.O. 198. In der Selbständigkeit des G.konkurses bethätigt sich der Vereinscharakter der o. Hg. ganz besonders, die Entsch. des R.O.H.G.'s heben wiederholt hervor, daß das G.recht des H.G.B.'s hierin seinen

Digitized by Google

ersteren gehören auch die Gesellschafter selbst, sofern sie Gläubiger der Gesellschaft sind.[13]) Nach dem H.G.B. konnte in Bezug auf das Vermögen der Gesellschaft den Privatgläubigern durch die Landesgesetzgebung ein ähnliches Absonderungsrecht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern eingeräumt werden[14]). Dieser Vorbehalt und die auf Grund desselben erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen sind durch die Reichs-Konkurs-Ordnung ebenfalls beseitigt[15]).

III. Durch den Gesellschaftskonkurs wird die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden zu einer subsidiären. Die Gesellschafter können sich, wenn Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, nur wegen des Ausfalls, den sie in demselben erleiden, an das Privatvermögen der Gesellschafter halten[16]). Auch in dieser

---

Abschluß findet, vgl. z. B. R 5. 46 (204); 21. 42 (130); 24. 47 (159) u. ö. Eine Folge der Selbständigkeit des G.konkurses ist es, daß in demselben die G.gläubiger nicht deswegen die Stellung von Absonderungsberechtigten einnehmen, weil ihnen die einzelnen G.er zur Sicherheit für ihre Forderung aus ihrem Privatvermögen Pfand oder Hypothek bestellt haben, R. civ. 7. 30 (88). Haben unter denselben Personen mehrere von einander getrennte H.gen bestanden, so sind auch die Konkurse getrennt zu halten, R 24. 47 (164). Anders, wenn es sich um verschiedene Niederlassungen derselben G. handelt, Bu. 36. 297; R 15. 54 (175); oben § 38[15], § 66[8]. Konkurs über die im Inland befindliche Zweigniederlassung einer ausländischen Hg. R.Konk.O. 208, österr. K.O. § 61.

[12]) Die Ehefrau des G.ers kann ihre Illatenforderung nicht im G.konkurs geltend machen, Bu. 8. 48; Z 11. 555; Seu. 30. 259, falls nicht etwa nach Lage der Sache das Eingebrachte als ein von der Frau oder im Namen derselben der G. gegebenes Kreditum anzusehen ist; s. Seu. 29. 258. — Vgl. auch Bu. 9. 439.

[13]) R 5. 46 (204). Aelteres Recht Seu. 3. 198; 12. 271; oben S. 537. Zinsen und Gewinn des letztverflossenen Geschäftsjahres begründen keine Konkursforderung, v. Hahn zu Art. 122 § 21. Die Forderungen der G. an die G.er bilden einen Bestandtheil der Aktivmasse, dahin gehört auch der Anspruch auf die rückständige Einlage, sofern im besonderen Fall die Verpflichtung nicht durch den Fortbestand der G. bedingt ist. Nicht versprochene Beiträge können auch zur Konkursmasse nicht eingefordert werden, v. Hahn § 18.

[14]) Art. 122 Schluß. Zusammenstellung der Landesgesetze, die von dem Vorbehalt des Art. 122 Gebrauch gemacht haben, bei v. Hahn § 34. Aus der Judikatur Z 11. 559; 15. 235.

[15]) R.Konk.O. § 3[1]; Einf.G. § 4; v. Hahn a. a. O.; Renaud S. 610; Keyßner Z 30. 534.

[16]) Art. 122; R.Konk.O. 201; R 17. 62 (289); 17. 77 (351); 21. 42 (130); 23. 81 (238); 24. 10 (42); 25. 31 (128); R. civ. 5. 13 (53); 7. 30 (88); Seu. 31. 303; 33. 56. Die Subsidiarität der Haftung hat eine Analogie an dem beneficium excussionis des Bürgen, R 17. 77; allerdings ist dieselbe nach der

Digitized by Google

Hinsicht aber hat die Reichs-Konkurs-Ordnung eine wesentliche Aenderung des früheren Rechts bewirkt.[17]) Nach dem H.G.B. war unter dem Ausfall der Betrag zu verstehen, um welchen die Forderung in Folge des G.konkurses gemindert wird. Die Gläubiger, die es unterlassen hatten, ihre Forderungen im Gesellschaftskonkurs geltend zu machen, konnten doch nur diesen Betrag von den Gesellschaftern fordern, mußten sich daher dasjenige anrechnen lassen, was bei gehöriger Anmeldung auf ihre Forderung als Konkursdividende gefallen wäre[18]). Im Sinn der Reichs-Konkurs-Ordnung dagegen bedeutet Ausfall den thatsächlich, gleichviel aus welchem Grunde, ausfallenden Betrag, also auch denjenigen, den der Gläubiger nicht erhält, weil er auf die Geltendmachung seiner Forderung im Gesellschaftskonkurs ausdrücklich verzichtet oder sie nicht oder nicht zum vollen Betrag angemeldet hat[19]). Die Beschränkung der Haftung auf den Ausfall in diesem

---

R.Konk.O. nicht mehr so durchgreifend wie nach dem H.G.B., aber doch noch immer in gewissem Umfang verwerthbar, vgl. Anm. 22. Dagegen ist es weder vom Standpunkt des H.G.B.'s, noch nach der R.Konk.O. gerechtfertigt, die Forderung gegen die G.er in Folge des G.konkurses als suspensiv bedingt anzusehen; richtig ist nur, daß, so lange der Ausfall nicht feststeht, die Geltendmachung derselben gehindert ist; gegen Seu. 33. 56 vgl. R. civ. 5. 13. — Ueber den Einfluß des Hindernisses auf die Verjährung s. folg. §.

[17]) Die Aenderung ist dadurch herbeigeführt, daß im § 201 Abs. 2 der R.Konk.O. auf den § 57 ebdas. (Befugniß des Absonderungsberechtigten, für den Betrag seiner Forderung, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet hat, oder mit welchem er bei letzterer ausgefallen ist, aus der Konkursmasse verhältnißmäßige Befriedigung zu verlangen) verweist. Ueber den eigenthümlichen Gang der Kommissionsberathungen vgl. Keyßner in der Anm. 1 angef. Abh. Nach Goldschmidt Z 27. 40 f. war die Vorschrift des § 201 nicht als eine korrektorische, sondern als eine deklaratorische gemeint. Dies hindert indeß nicht, daß wir es mit einer eingreifenden Aenderung des bisherigen Rechts zu thun haben, über deren Tragweite sich die Kommission nicht ganz klar geworden ist. Gegenwärtig besteht eine Antinomie zwischen § 201 cit. und § 3 Abs. 1 des E.G., wobei aber die letztere Bestimmung unzweifelhaft weichen muß. — In Oesterreich ist der Inhalt des Art. 122 nicht geändert.

[18]) Der G.gläubiger verlor auch dem G.er gegenüber denjenigen Theil seiner Forderung, „wofür er aus der G.masse hätte Befriedigung erhalten können und nur durch eigenes Verschulden nicht erhalten hat", R 17. 62 (290). Ueber die Bedenken bei der Durchführung dieses Grundsatzes vgl. die Aeußerung des Bundesrathsvertreters (Hagens) in der Reichstagskommission z. Berathung der Konk.O. (Hahn, Materialien zu den R.Just.Ges. Bd. 4 S. 684; Keyßner Z 30. 540).

[19]) Goldschmidt Z 27. 40 f.; Keyßner a. a. O.; Renaud E.G. S. 607 f.; v. Hahn zu Art. 122 § 39.

Digitized by Google

Sinn tritt sowohl dann ein, wenn auch über das Privatvermögen des Gesellschafters Konkurs eröffnet ist, wie wenn die persönliche Verbindlichkeit eines noch aufrecht stehenden Gesellschafters in Anspruch genommen wird[20]); sie kommt allen denen zu gut, die durante societate auf Grund des Art. 112 in Anspruch genommen werden können, also auch den zur Zeit der Konkurseröffnung bereits ausgetretenen Gesellschaftern[21]). So lange der Ausfall im Gesellschaftskonkurs nicht feststeht[22]), kann gegen die einzelnen Gesellschafter höchstens auf Feststellung, bezw. auf Gewährung von Sicherheit geklagt werden[23]). Ist zugleich mit dem Gesellschaftskonkurs der Kon-

[20]) Im Gegensatz zu Art. 122 H.G.B.s bezieht sich die Vorschrift des § 201 Konk.O. zunächst nur auf den Fall, in welchem zugleich mit dem G.konkurs auch über das Privatvermögen des G.ers, aus welchem der Gläubiger Befriedigung sucht, Konkurs eröffnet worden ist. Danach könnte es scheinen, daß die veränderte Bedeutung der Ausfallsforderung auf diesen Fall zu beschränken, wo dagegen diese Voraussetzung nicht zutrifft, an der bisherigen Auslegung des Art. 122 festzuhalten sei. Diese namentlich von Renaud S. 612 und v. Hahn a. a. O. vertretene Ansicht führt indeß zu der unhaltbaren Konsequenz, daß danach dem Gläubiger gegen die Konkursmasse des insolventen G.ers weitergehende Befugnisse zustehen würden als gegen den zahlungsfähigen G.er; vgl. auch Goldschmidt a. a. O.; Keyßner Z 30. 543.

[21]) R 15. 60 (207); unrichtig Cl. u. A 2. 232; Bu. 40. 162.

[22]) Der Ausfall steht fest, wenn entweder der G.konkurs beendet ist oder der Gläubiger gemäß § 57 R.Konk.O. rechtsgültig auf Befriedigung aus demselben verzichtet hat. Gemeint ist natürlich nur die Beendigung durch Vertheilung der Masse, nicht diejenige, die mit Einwilligung der Gläubiger stattfindet (R.Konk.O. 188 f., österr. K.O. 155); vielmehr tritt im letzteren Fall die volle Haftung auf Grund des Art. 112 wiederum in Kraft, R 24. 10 (41). Der Verzicht muß im G.konkurs, und zwar ausdrücklich erklärt sein; die Bestimmung des § 141 K.O. ist hier nicht anwendbar. Dem ausdrücklichen Verzicht steht in Bezug auf den Nachweis des Ausfalls die bloße Unterlassung der Anmeldung nicht gleich; in R 17. 77 wird zwar aus der Analogie des beneficium excussionis hergeleitet, daß der Gläubiger, auch ohne sich in den G.konkurs einzulassen, den G.er sofort in Anspruch nehmen könne, wenn und insoweit er darzuthun vermöge, daß die Konkursmasse doch keine Mittel zu seiner Befriedigung enthalte. Gegenwärtig dürfte indeß, eben mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Verzichts, keine Veranlassung sein, einen derartigen Nachweis zuzulassen. Dagegen kann es auch jetzt noch gerechtfertigt sein, das acerbum est creditorem mittere alio der Nov. 4 zu Gunsten des Gläubigers in Anwendung zu bringen, wenn der G.konkurs vor einem ausländischen Gericht schwebt und die Rechtsverfolgung bei demselben mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft ist, Seu. 33. 56; Ehrenberg beschränkte Haftung S. 394.

[23]) Die Feststellung der Forderung im G.konkurs wirkt auch gegen die G.er (vgl. österr. K.O. 201 [2]). Daher wird es in der Regel an dem nach § 231 C.P.O.

Digitized by Google

kurs über das Vermögen eines oder mehrerer Gesellschafter eröffnet, so kann der Gesellschaftsgläubiger zwar in sämmtlichen Konkursen seine Forderung zum vollen Betrage anmelden, indeß wird der im Privatkonkurs der Gesellschafter auf dieselbe fallende Betrag zurückbehalten, bis der Ausfall im Gesellschaftskonkurs feststeht[24]). Die von einem Gesellschafter oder aus dessen Konkursmasse dem Gesellschaftsgläubiger nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses geleistete Theilzahlung begründet keinen Erstattungsanspruch gegen die Konkursmasse der Gesellschaft; vielmehr verbleibt in diesem Fall dem Gesellschaftsgläubiger die Befugniß, bis zu seiner vollen Befriedigung den Betrag der ihm bei Eröffnung des Gesellschaftskonkurses zustehenden Forderung sowohl in diesem wie in den Privatkonkursen der Gesellschafter geltend zu machen[25]). Wird aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters oder aus dessen Konkursmasse ein Beitrag zur Tilgung der Gesellschaftsschuld geleistet, der über den nach dem Gesellschaftsvertrag von ihm zu tragenden Verlustantheil hinausgeht, so findet ein Regreßanspruch der Gesellschafter und ihrer Konkursmassen gegen einander statt[26]).

---

erforderlichen Interesse des Gläubigers für eine reine Feststellungsklage fehlen. Aus der früheren Praxis Z 15. 235; Seu. 33. 56; 10. 464; 37. 266. Ueber den Anspruch auf Sicherstellung entscheidet das bürgerliche Recht; in Betreff des gemeinen Rechts vgl. Windscheid § 89[13]. Abgesehen von dem im materiellen Recht begründeten Sicherungsanspruch können zufolge § 796 ff. Civ.Pr.O. Arrestmaßregeln statthaft sein.

[24]) R.Konk.O. 201. Stimmrecht der G.gläubiger im Privatkonkurs der G.er § 88. — Der G.gläubiger, dem ein G.er aus seinem Privatvermögen Pfand bestellt hat, kann im Konkurs über das Vermögen des Pfandschuldners, sofern er nicht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Pfande verzichtet, nur die auf den Pfandausfall der Ausfallsforderung treffende Dividende beanspruchen, R.civ. 7. 30 (92). — Oesterreichisches Recht: K.O. 201[1]; früher österr. E.G. zum H.G.B. 31; Cl u. A 1. 128.

[25]) R.Konk.O. 61; österr. K.O. § 19. Vgl. hierzu namentlich die oben angef. Abhandl. von Goldschmidt Z 14. 397 ff.; auch R 14. 101 (314); 18. 18 (71); 20. 69 (259); 21. 33 (93); R.civ. 7. 30 (88).

[26]) Dies ergiebt sich beim Schweigen des Gesetzes aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. A. M. Renaud S. 610, der den Rückgriff der Konkursmassen gegen einander ausschließen will, sowohl deswegen, weil der Anspruch des Regredienten erst nach Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen entstanden sei und daher nicht zur Aktivmasse gehöre (§ 1 Konk.O.), wie auch weil der Regreßanspruch gegen den G.er erst nach der Konkurseröffnung über dessen Vermögen begründet und daher nicht in diesem Verfahren zu erledigen sei (§ 2). Beide Gründe sind unzutreffend. Der Rückgriff beruht auf dem Gesellschaftsverhältniß,

Digitized by Google

Ein Zwangsvergleich kann im Gesellschaftskonkurs nur auf Vorschlag sämmtlicher Gesellschafter geschlossen werden[27]). In Ermangelung besonderer Festsetzungen wird durch denselben auch die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden begrenzt, und zwar auch in Betreff der nicht zum Gesellschaftskonkurs angemeldeten Forderungen[28]).

Ist nach Einstellung des Gesellschaftskonkurses noch Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann sich an denselben sowohl eine Liquidation wie eine Fortsetzung der Handelsgesellschaft anschließen[29]).

Zusatz. I. Vor dem H.G.B. standen sich in Deutschland in Bezug auf die Frage, wie bei Unzulänglichkeit des G.vermögens das Verhältniß der G.gläubiger zu den Privatgläubigern der G.er zu gestalten sei, im Allgemeinen zwei Auffassungen gegenüber. Die eine, namentlich von Treitschke und Goldschmidt durchgeführt, hielt am römischen Recht fest und wollte demgemäß von einem Konkurs der G. überhaupt nichts wissen, sondern nur einen Konkurs der insolventen G.er eintreten lassen, an welchem sowohl die G.gläubiger wie die Privatgläubiger betheiligt sein sollten. Die zweite Ansicht dagegen (Gelpcke, Brinckmann, Bluntschli u. A.) vertheidigte im Ganzen das gegenwärtig zur Geltung gelangte System der Eröffnung eines besonderen G.konkurses neben den Konkursen der G.er. Zum Theil hatte diese Ansicht auch bereits gesetzliche Anerkennung gefunden, so in der Hamburger Fallitenordnung und der Preuß. Konkursordnung. — Eine allerdings unvollständige Uebersicht über den Stand der früheren Literatur und Gesetzgebung in der Anm. 1 angef. Schrift von Ad. Fick §§ 11 ff., den das. gegebenen Literaturnachweisen, ist besonders die eingehende Erörterung von Goldschmidt in der Besprechung von Pr, Heidelb. krit. Zeitschr. IV. 16 ff., hinzuzufügen. — Neuerdings hat in Bezug auf die prinzipielle Auffassung des G.konkurses Laband, Z 31. 19 f.,

ist daher, wenngleich als ein eventueller, z. B. der Konkurseröffnung über das Vermögen der G.er sowohl aktiv wie passiv vorhanden. Daraus folgt zugleich, daß er als Konkursforderung und nicht als Masseanspruch wegen rechtloser Bereicherung (R.Konk.O. 52[3]) geltend zu machen ist; Fitting Konkursrecht S. 94. — Nach der österr. K.O. 19[3] findet ein Rückgriff der Konkursmassen gegen einander nur statt, wenn sich nach der vollen Befriedigung des Gläubigers ein Ueberschuß ergiebt und nur in Höhe dieses Ueberschusses. Aehnlich Mot. zu § 61 S. 289. Vgl. auch Preuß. K.O. § 87[3].

[27]) R.Konk.O. 200 Abs. 1; österr. K.O. 238.

[28]) R.Konk.O. 200 Abs. 2; österr. K.O. 238 f. — Nach gemeinem Recht gelangt zu gleichem Ergebniß R 25. 31 (124); s. auch R.civ. 7. 30 (88).

[29]) R 16. 69 (287); Z 22. 310; Renaud S. 604 f. Die Firma erlischt durch die Konkurseröffnung nicht, falls diese nicht den Stillstand des Geschäfts zur Folge hat, oben S. 260 Anm. 43; daher kann auch die G. unter der bisherigen Firma fortgesetzt, bezw. kann das Geschäft mit dem Firmenrecht veräußert werden; Keyßner Bu. 2. 292; ders. Erhaltung der Handelsgesellsch. S. 11 ff.; v. Krämel Bu. 15. 257; Renaud a. a. O.

Digitized by Google

einen Standpunkt vertreten, der auch schon in der früheren Literatur, wenngleich nur vereinzelt, zum Ausdruck gekommen ist. Er will die abgesonderte Befriedigung der G.gläubiger in demselben lediglich aus der inneren Seite des G.verhältnisses, aus dem Verhältniß der G.er zu einander herleiten. Im Wesentlichen ebenso Mot. zu Er S. 116; Brinckmann § 53 S. 202. Ich möchte diese Ansicht nicht mit Goldschmidt a. a. O. als „arges Mißverständniß" bezeichnen, halte sie vielmehr für die einseitige Hervorkehrung eines an sich richtigen Gedankens. Richtig ist, daß die Absonderung des G.vermögens vom Privatvermögen der G.er auf dem Willen dieser letzteren beruht und daß die G.er gegen einander einen Anspruch darauf haben, das G.vermögen seiner vertragsmäßigen Bestimmung gemäß zunächst zur Befriedigung der G.gläubiger verwendet zu sehen. Einseitig ist es dagegen, wenn Laband deswegen, weil die Existenz des G.vermögens auf den Willen der G.er zurückzuführen ist, die Wirkungen, welche der Bestand dieses Sondervermögens für die Gläubiger hat, nicht als den Ausdruck eines Rechtsverhältnisses zwischen der G. und Dritten gelten lassen will. Die Existenz des G.vermögens ist doch nur so lange vom Willen der G.er abhängig, als die Gläubiger nicht im Wege des Arrestes, der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses Hand an dasselbe gelegt haben. Von diesem Augenblick an macht sich das Vorhandensein des Sondervermögens auch gegen den übereinstimmenden Willen sämmtlicher G.er geltend. Hierin, sowie darin, daß überhaupt den G.gläubigern der Zugriff in das G.vermögen eröffnet ist, liegt eine Beziehung der G. nach Außen, die von Laband's Standpunkt aus unerklärt bleibt. Vgl. übrigens auch R 24. 47 (161 f.).

Hervorzuheben ist noch, daß man einer der Laband'schen sehr ähnlichen Auffassung bei den englischen Juristen begegnet. Vgl. die von Fick S. 9 mitgetheilte Stelle aus Story Partnership. Trotz der prägnanten Fassung, die ihr hier gegeben ist, wird diese Auffassung aber auch im englischen Recht nicht streng festgehalten.

II. Sämmtliche hier verglichene fremde Gesetzgebungen lassen, falls die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, einen eigenen G.konkurs eintreten. Für diejenigen, welche den Hg.en die Eigenschaft einer juristischen Person beilegen (oben § 62 Zus. S. 448), ist dies eine selbstverständliche Folge der Rechtspersönlichkeit. — Im Einzelnen: a) Frankreich: Die zunächst in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen sind: Co. 438: Beim Falliſſement einer o. Hg. muß die Erklärung der Zahlungseinstellung Namen und Wohnsitz sämmtlicher G.er angeben. 458: Die Siegelung soll nicht nur im Geschäftslokal der G., sondern auch in der Wohnung sämmtlicher G.er stattfinden. 531 (erst in der Redaktion von 1838 hinzugekommen): Die Gläubiger können die Einwilligung zum Konkordat auf einen oder mehrere einzelne G.er einschränken. Die betreffenden G.er scheiden hierdurch aus der Solidarhaft aus. — Die französische Jurisprudenz nimmt auf Grund der beiden ersten Artikel gegenwärtig ziemlich allgemein an, daß der Konkurs über das Vermögen der o. Hg. den Konkurs über das Vermögen der einzelnen G.er regelmäßig nach sich zieht (Ausnahmen werden statuirt). Bédarr. faillites I no. 35; Namur II no. 804; III no. 1606; Guilléry I no. 364; a. M. Pard. IV no. 976. Bestritten ist, ob ein gemeinsames Verfahren oder ob mehrere getrennte Konkurse zu eröffnen sind. Für ersteres Renouard, für letzteres Bédarr., der sich auf den usage suivi beruft. Materiell ist der Streit von keiner großen Bedeutung, da auch die

Digitized by Google

Anhänger der letzteren Ansicht einverstanden sind, daß sowohl die Aktiv- wie die Passivmassen für die G. und die einzelnen G.er besonders aufzustellen sind und daß als Gesellschaftspassiva nur die Forderungen der G.gläubiger in Betracht kommen, während im Konkurs der einzelnen G.er die G.gläubiger zusammen mit den Privatgläubigern rangiren. Eine vorwiegend formale Bedeutung haben auch die Streitfragen, die sich an art. 531 knüpfen; sie betreffen wesentlich die Art, wie über das Konkordat abzustimmen ist. Sonst dürfte noch Folgendes hervorzuheben sein. Das Fallissement kann im Allgemeinen auf Grund einer Erklärung des Gemeinschuldners, auf Antrag der Gläubiger wie von Amtswegen eintreten, Co. 440. Als Erklärung des Gemeinschuldners gilt in Betreff der o. Hg. eine von einem geschäftsführenden G.er abgegebene Erklärung Pard. IV. 1096. Zu den Gesellschaftspassiven werden nach der Praxis auch die Forderungen der G.er an die G. mit Ausnahme des Einlageguthabens gezählt, Fick S. 60 f. Ein bemerkenswerther Gegensatz des französischen zum deutschen Recht besteht darin, daß nach jenem die an sich nur subsidiäre Haftung der G.er für die G.schulden (oben S. 522) durch den G.konkurs in eine principale verwandelt wird. In den Passivmassen der einzelnen G.er werden demgemäß die G.gläubiger mit dem vollen Betrag ihrer Forderungen berücksichtigt. Die Möglichkeit einer Ausgleichung beruht vorzugsweise auf der Einheitlichkeit des Verfahrens, ein Regreßanspruch der G.er bezw. ihrer Massen gegen einander wird nach Co. 543 nur dann angenommen, wenn die dem Gläubiger aus den verschiedenen Massen zugefallenen Dividenden zusammen den Betrag seiner Forderungen (nebst Accessionen) übersteigen.

b) Durchweg dem französischen Recht folgt Belgien 440, 470, 530, 541.

c) Spanien 1022, 1047; Portugal 1125, 1148; Holland 765, 794 bestimmen über Zahlungseinstellung und Siegelung wie der Co., nur soll nach dem span. G.B. die Erklärung der Zahlungseinstellung von sämmtlichen am Sitz der G. wohnhaften G.ern unterzeichnet sein. In Span. 296 s. und Port. 743 s. findet sich ausdrücklich vorgeschrieben, daß Privatgläubiger der G.er im G.konkurs nicht participiren. Die Vorschrift gilt indeß nicht für privilegirte Forderungen, deren Vorrecht auch gegenüber den G.gläubigern zur Geltung kommt. — Eine dem Co. 531 entsprechende Bestimmung fehlt in allen drei G.büchern. (Ueber das holländ. Recht vgl. Kist III. 258 v.)

d) Italien. Im G.B. von 1865 correspondirten art. 544, 567, 644 mit Co. 438, 458, 531. — Der neue Codice handelt im siebenten Titel des dritten Buches vom Falliment der H.gesellschaften. Auf die o. Hg. beziehen sich art. 846—848 und art. 854. Der G.konkurs hat danach den Konkurs der einzelnen G.er nothwendig zur Folge, nicht aber umgekehrt der Konkurs einzelner oder selbst sämmtlicher G.er den Konkurs über das G.vermögen. Im Fall des G.konkurses soll die Eröffnung des Konkurses über die G.er zugleich mit ersterem durch einheitliches Dekret erfolgen. Zuständig ist das H.gericht, in dessen Bezirk die G. ihren Sitz hat. Auch das weitere Verfahren soll unter einheitlicher Leitung bleiben; für sämmtliche Konkurse ist ein einziger richterlicher Kommissar und ein einziger Kurator zu bestellen; dagegen sind die Massen, und zwar nicht bloß in Bezug auf Konstituirung der Aktiva und Passiva, sondern auch hinsichtlich der Verwaltung und Vertheilung getrennt zu halten. In Betreff des Verhältnisses der G.gläubiger zu den Privatgläubigern wie der Befugniß ersterer, das Konkordat nur auf einzelne G.er zu beschränken, besteht Uebereinstimmung mit dem franz.

Digitized by Google

Recht; im Wesentlichen auch hinsichtlich des Regresses der G.er gegen einander, vgl. art. 543.

e) Ungarn 97, dazu Konkursges. v. 27. März 1881 § 244 fg. (nach der Mittheilung von Nagy Z. 27. 252 f.). Der G.konkurs dient lediglich zur Befriedigung der G.gläubiger. Im Fall des G.konkurses können die G.gläubiger sich an das Privatvermögen der G.er nur wegen desjenigen Theils ihrer Forderung halten, „welcher keine Deckung aus dem G.vermögen findet" („Ausfall" im Sinn des H.G.B.'s, nicht der R.Konk.O.). Im Konkurs der G.er, der keine nothwendige Folge des G.konkurses ist, können die G.gläubiger ihre Forderungen zum vollen Betrag liquidiren, werden aber nur bis zum Betrag ihres Ausfalles im G.konkurs befriedigt.

f) Am lebhaftesten ist die Annahme eines eigenen G.konkurses von jeher in der Schweiz bekämpft worden. Man sträubte sich dagegen, weil man in der abgesonderten Befriedigung der G.gläubiger eine Härte gegen die Privatgläubiger, namentlich die Weibergutsansprüche erblickte. Versuche, diese Härte zu mildern oder ohne einen besonderen G.konkurs den Gg.läubigern zu ihrem Recht zu verhelfen, sind vom Standpunkt des geltenden Rechts wie de lege ferenda mehrfach gemacht worden, insbesondere von Munzinger und A. Heusler. Auch hierüber giebt die Schrift von Fick Aufschluß. Schließlich ist man im Obl.R. Art. 566—568, 572, 573 doch im Wesentlichen dem Deutschen Handelsrecht gefolgt. Hervorzuheben ist, daß der G.konkurs den Konkurs der einzelnen G.er nicht nach sich zieht, daß die G.er im G.konkurse alle Forderungen an die G., außer den Kapitaleinlagen, geltend machen können und daß die G.gläubiger in den Privatkonkursen der G.er nur insoweit konkurriren, als das G.vermögen zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht.

g) England. Die bankruptcy act von 1883 (46 & 47 Vict. ch. 52) bestimmt sect. 40[d], in der Hauptsache mit dem früheren Recht übereinstimmend: Bei Gesellschaftern soll das G.vermögen zunächst zur Bezahlung der G.schulden (joint debts), das Privatvermögen der einzelnen G.er zunächst zur Bezahlung ihrer Privatschulden (separate debts) verwendet werden. Ergeben die Massen der einzelnen G.er einen Ueberschuß, so soll derselbe dem G.vermögen zufließen; ein Ueberschuß der G.masse wird unter die G.er nach Verhältniß ihrer Antheile am G.vermögen vertheilt. — Vgl. hierzu den Kommentar von Yate & Wace, law of bankr., Lond. 1884, aus welchem Folgendes zu erwähnen ist: Durch den G.konkurs kommen nothwendig auch die G.er mit ihrem Privatvermögen in Konkurszustand; dagegen hat der Konkurs der G.er nicht die gleiche Wirkung in Bezug auf das G.vermögen. Das Vorzugsrecht der Privatgläubiger gegenüber den G.gläubigern besteht auch, wenn blos über das Vermögen eines G.ers und nicht über die G. Konkurs eröffnet ist; die joint creditors kommen in diesem Fall erst nach vollständiger Befriedigung der G.gläubiger zur Perception. Forderungen der G.er an die G. werden im G.konkurs regelmäßig nicht berücksichtigt; the partner is not to take part of the fund to the prejudice of those, who are not only creditors of the partnership but of himself. (Lord Eldon.) Ansprüche der G.er gegen einander aus dem G.verhältniß sind erst dann geltend zu machen, wenn die G.gläubiger vollständig befriedigt sind. Soll im Fall eines Ueberschusses eine Ueberweisung aus dem Vermögen eines G.ers in das G.vermögen (oder umgekehrt?) stattfinden, so bedarf es einer vorgängigen Bekanntmachung in der Gazette. — Die Unterscheidung zwischen joint debts und separate

Digitized by Google

debts gilt übrigens nicht als erschöpfend; es giebt auch joint and separate debts, d. h. G.schulden, für die einzelne G.er nicht blos als solche, sondern außerdem noch kraft besonderen Rechtsgrundes haften; z. B. fraud in partnership matters, wenn neben der Haftung der G. eine besondere Verantwortlichkeit einzelner G.er begründet ist. Die Gläubiger haben hier die Wahl, ob sie ihren Anspruch im G.konkurs oder im Separatkonkurs des betr. G.ers geltend machen wollen; sie können denselben auch theilen, dagegen nicht gleichzeitig denselben Betrag in den verschiedenen Konkursen liquidiren. Das Wahlrecht steht ihnen binnen reasonable time, d. h. regelmäßig bis zur Erklärung der Dividende zu; die einmal getroffene Entscheidung ist unwiderruflich. Gläubiger, denen eine Sicherheit bestellt ist, können ähnlich wie bei uns, unter Aufgabe derselben ihre ganze Forderung geltend machen, sonst nur den Ausfall, den sie bei Realisirung der bestellten Deckung erleiden. Die Bestimmung setzt auch im engl. Recht voraus, daß die Sicherheit aus dem Vermögen des Gemeinschuldners bestellt ist. Die Selbständigkeit des G.konkurses (the peculiar rule in bankruptcy, which treats the joint estate of the firm as an entirely distinct thing from the separate estate of each individual partner) hat in dieser Hinsicht zu gleichen Konsequenzen geführt wie in R.civ. 7. 30 (88), oben Anm. 11. Ein joint and separate creditor, dem eine Sicherheit aus dem G.vermögen oder aus dem Vermögen seines Sonderschuldners bestellt ist, kann demnach, ohne dieselbe aufzugeben, den vollen Betrag seiner Forderung zu der Masse liquidiren, der die Sicherheit nicht angehört.

III. Von den Entwürfen kennt W keinen besonderen G.konkurs. Das Absonderungsrecht, welches den G.gläubigern hinsichtlich des G.vermögens zusteht, wird im Konkurs der verganteten G.er wirksam, Art. 230 und Mot. hierzu. — Er Tit. 3 Art. 41 setzt die Möglichkeit eines G.konkurses voraus, vgl. auch Art. 43. — Ausführliche z. Th. mit der Preuß. Konk.O. vom 8. Mai 1855 § 286—291 übereinstimmende Vorschriften über den G.konkurs enthielt Pr 934—939 in dem nicht zur Berathung der N.C. gelangten fünften Buch. Der jetzige Art. 122 gehört bis zu den Worten: „abgesondert befriedigt" zu den auf Verlangen der drei verbündeten Regierungen gemäß der Ausstellung Preußens (Erinnerung 136) in 3. Les. aufgenommenen Bestimmungen; der weitere Inhalt des Art. ist aus den Berathungen der N.C. hervorgegangen; oben S. 401 Anm. 28; v. Hahn Vorbem. u. Buch II Abschn. 3 § 28 und u. Art. 122 § 17.

§ 84.

Verjährung.[1]

I. Die durch Auflösung oder den Austritt einzelner Mitglieder herbeigeführte Beendignng des Gesellschaftsverhältnisses hat an sich, abgesehen von dem Fall des Konkurses, keinen Einfluß auf die während des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft begründeten

[1]) Thöl § 97; Endemann H.R. § 45, 46; Gad § 31; Auerbach Gesellsch. S. 120 f.; Handelsges. S. 142 f.; Gareis S. 179 f.; Lastig in Endem. Handb. I. S. 425; Renaud R.G. S. 593 f., 624 f. — Früheres Recht: Treitschke § 90 ff., auch Heise § 25; Brinckmann § 46 Anm. 29.

Digitized by Google

Ansprüche dritter Personen.[2]) Schon vor dem H.G.B. erschien es indeß unbillig, in solchen Fällen die ehemaligen Gesellschafter die ganze Verjährungszeit hindurch haften zu lassen.[3]) Partikularrechte hatten deshalb zu Gunsten der früheren Mitglieder einer aufgelösten wie der ausgetretenen Mitglieder einer bestehenden Handelsgesellschaft die Verjährungsdauer gekürzt oder den Gesellschaftern die Möglichkeit gewährt, sich durch ein Aufgebot und eine hiermit verbundene Präklusion gegen spätere Angriffe unbekannter Gläubiger zu schützen.[4])

II. Das H.G.B. hat sich für die gedachten Fälle die fünfjährige Verjährung des französischen Rechts angeeignet.[5]) Dieselbe findet auf alle, aber auch nur auf diejenigen Forderungen Anwendung, die gegen die Gesellschafter geltend gemacht werden und in Ansprüchen gegen die Gesellschaft ihren Grund haben.[6]) Dahin gehören auch

---

[2]) Oben § 80 S. 560; § 81 S. 583 f.

[3]) Die in dieser Hinsicht geltend gemachten Gründe sind nicht alle beweisend, v. Hahn Vorbem. zu Art. 146 § 3, 4. Billig ist die Abkürzung der Verjährungsdauer, vorausgesetzt daß den Gläubigern eine geräumige Frist zur Geltendmachung ihrer Ansprüche verbleibt, namentlich deswegen, weil, so lange die Haftung der ehemaligen Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden währt, auch die Abwickelung, bezw. Auseinandersetzung nicht als definitiv gelten kann.

[4]) Aufgebot mit Präklusion der unbekannten Gläubiger: Hamb. E.G. 23; Lübeck E.G. 13; kurze (zweijährige) Verjährung, nach deren Ablauf die G.er nicht mehr in solidum, sondern nur noch pro rata hafteten, Brem. Verordn. v. 30. Juni 1854, Post Entw. e. gem. deutschen u. hansestadtbrem. Privatr.'s II. 1 S. 56. Kombination von Aufgebot und kurzer (einjähriger) Verjährung im Preuß. R.; A.L.R. I. 17. 307—310; II. 8. 672—76; 682 f.; A.Ger.O. I. 51. 162 ff. Vgl. Mot. zu Pr 74.

[5]) Co. 64. Die Bestimmung ist durch die Eingabe eines Pariser Kaufmanns veranlaßt worden, Lyon no. 581. Die fünfjährige Frist findet sich bereits in den Ord. du comm. tit. 5 art. 21 für die Verjährung der Wechselklagen. Die deutschen Entw. haben mit Ausnahme von Or und Om sämmtlich die fünfjährige Frist, aber keiner derselben ist dem französischen Recht in der Beschränkung der Verjährung auf die associés non liquidateurs (unten Zus. I) gefolgt. Die Abweichung wird schon in den Mot. zu W S. 242 damit begründet, daß die Einschränkung geeignet sei, die G.er von der Uebernahme des Amtes als Liquidatoren zurückzuhalten; sie ist namentlich auch deswegen zu billigen, weil mit der gedachten Beschränkung zugleich auch die sich hieran knüpfenden unfruchtbaren Streitfragen des französ. Rechts für uns beseitigt sind.

[6]) Art. 146 [1]. Die hier genannten „Ansprüche gegen die G." decken sich mit den Verbindlichkeiten der G., für welche die G.er gemäß Art. 112 solidarisch haften, vgl. Anm. 9. Die Verjährung tritt daher auch bezüglich der aus einem die G. verurtheilenden Erkenntniß gegen die G.er zuständigen actio judicatio ein, R.civ. 13. 25 (97). Ferner auch bei den erst im Liquidationsstadium gegen die liquidirende

Digitized by Google

die Abfindungs- und Erstattungsansprüche ausgetretener Gesellschafter[7]); nicht dagegen die nach der Auflösung der Gesellschaft sich ergebenden Regreßansprüche der Gesellschafter gegen einander.[8]) Zu letzteren sind auch diejenigen Forderungen zu rechnen, die für die Gesellschafter während ihrer Mitgliedschaft gegen die Gesellschaft begründet sind, wenngleich sie hinsichtlich derselben der Gesellschaft als Dritte gegenüberstehen.[9]) Ebenso wenig sind der kurzen Verjährung die Ansprüche von Nichtgesellschaftern unterworfen, wenn sie dieselben nicht gegen die Gesellschafter, sondern gegen die Gesellschaft richten, um aus dem noch ungetheilten Gesellschaftsvermögen Befriedigung zu erlangen.[10])

III. Das Gesetz hat für die hier erwähnten Forderungen einen einheitlichen Anfangspunkt und eine einheitliche Frist der Verjährung festgesetzt. Die Verjährung beginnt mit dem Tage, genauer mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft, das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen ist.[11]) Bemerkenswerth ist, daß abweichend von

---

G. begründeten Verbindlichkeiten; a. M. Lastig in Endem. Handb. S. 426. Nicht geschützt durch die Verjährung des Art. 146 ist der G.er, der den Gläubigern nicht blos als solcher, sondern kraft eines besonderen Verpflichtungsgrundes haftet, so der G.er, der das G.geschäft fortsetzt und in einer öffentlichen Bekanntmachung die Uebernahme der Passiva erklärt hat, R.civ. 10. 11 (47).

[7]) R.civ. 7. 31 (94); 11. 24 (129); oben § 80, Anm. 2, 29.

[8]) R 8. 61 (247); R.civ. 7. 31 (94); Bu. 25. 298. — Uebereinstimmend v. Hahn zu Art. 146. § 1; Anschütz Komm. II S. 315 f.; Renaud R.G. S. 593; Lastig in Endem. Handb. I S. 426.

[9]) Oben § 77 S. 536 f. A. M. v. Hahn a. a. O. Anm. 1; anscheinend auch Renaud und Lastig a. a. O. Auch diese Ansprüche sind aber, soweit das Verhältniß der Gesellschafter zu einander in Betracht kommt, Regreßansprüche; auch für sie ist das „interne Antheilsverhältniß" der G.er, R.civ 7. 31 (94) entscheidend. Wenn man mit Laband Z 31. 21 f. bei Ansprüchen der G.er, welche diese nicht in der Eigenschaft als socii, sondern als Dritte an die Societät erworben haben, Solidarhaft der übrigen Mitglieder eintreten läßt, so ist es allerdings folgerichtig, auf solche Ansprüche auch die fünfjährige Verjährung anzuwenden, R 8. 61 (217). Vgl. auch Bu. 25. 298; Prot. 261.

[10]) Art. 147; R 9. 25 (85). Auch Ansprüche der G. gegen den G.er unterliegen der fünfjährigen Verjährung nicht, vgl. R.civ. 8. 18 (74).

[11]) Art. 146 Abs. 2. Die Verjährung tritt demnach nicht ein, so lange die G. selbst nicht in das H.register eingetragen ist, R 8. 61 (248); oben § 39 S. 241. Schon aus diesem Grunde kann Art. 146 auf die bereits vor Einführung des H.G.B.'s aufgelösten H.gesellschaften keine Anwendung finden, R 5. 18 (81); Z 22. 313; Bu. 28. 24. Dagegen steht, falls die sonstigen Voraussetzungen ge-

Digitized by Google

den sonst für die Wirkung befreiender Thatsachen maßgebenden Grundsätzen in diesem Fall lediglich die Eintragung entscheidet; ob und wann die Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern erfolgt ist, sowie, ob der Gläubiger Kenntniß von der Auflösung hatte, kommt nicht in Betracht.[12] Der Zeitpunkt der Eintragung ist regelmäßig aus dem Handelsregister ersichtlich, kann aber auch, wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, anderweitig erwiesen werden; eventuell genügt es, wenn derjenige, der sich auf die Verjährung beruft, den Zeitpunkt darzuthun vermag, an welchem die Eintragung spätestens erfolgt sein muß.[13]

IV. Forderungen, die zur Zeit der Eintragung noch nicht fällig sind, verjähren erst von der Fälligkeit an.[14] Zu den nicht fälligen Forderungen gehören nicht blos die betagten, sondern alle diejenigen, hinsichtlich deren im gedachten Zeitpunkt zwar eine Haftung oder die Möglichkeit einer solchen begründet, ein bestimmter Anspruch dagegen noch nicht existent geworden ist. Die Verjährung beginnt hier erst, wenn die Erfordernisse für die Geltendmachung des Anspruches vollständig zur Entstehung gelangt sind.[15] Eine Ausnahme machen kündbare Forderungen, deren Verjährung beginnt, sobald die Kündigung möglich ist, doch wird bei ihnen die Kündigungsfrist zu der Verjährungsfrist hinzugerechnet.[16]

V. Unanwendbar, weil mit dem Prinzip des Gesetzes unvereinbar sind alle Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach denen mit Rücksicht auf die Person des Gläubigers oder auf persönliche Behinderungen desselben der Beginn oder der Lauf der Verjährung ge-

---

geben sind, der Anwendung desselben auf die vor Einführung des H.G.B.'s begründeten Forderungen nichts im Wege, Bu. 25. 235. — Der Tag der Eintragung wird bei Berechnung der Verjährungsfrist nicht mitgezählt, R.civ. 11. 12.

[12]) Anträge, welche darauf abzielten, den Beginn der Verjährung von der Veröffentlichung des Eintrages oder von der Kenntniß des Dritten abhängig zu machen, sind sowohl in 1. wie in 2. Les. abgelehnt worden, Prot. 266 f. 1016 f.

[13]) R 20. 88 (348).

[14]) Art. 146 Abs. 3.

[15]) R.civ. 10. 11 (45 f.).

[16]) Windscheid § 107; R.genossensch.ges. § 63 Abs. 2; deutlicher bayer. G. v. 29. 4. 69 Art. 63[2] (Z. 14. 359); sächs. G.B. 1016; R 23. 81 (232). Abweichend österr. Genossensch.ges. § 73[2] (Z 19. 499 f.): Bei nicht fälligen, jedoch kündbaren Forderungen beginnt die Verjährung ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit mit dem Ausgang der für die Forderung bestehenden Kündigungsfrist.

Digitized by Google

hemmt wird[17]), ebenso diejenigen, die für gewisse Forderungen eine längere Verjährungsdauer anordnen.[18]) Die fünfjährige Verjährung läuft namentlich auch gegen Minderjährige und Bevormundete sowie gegen juristische Personen, denen die Rechte der Minderjährigen zustehen.[19]) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist ausgeschlossen.[20]) In wie weit in solchen Fällen den durch die Verjährung betroffenen Gläubigern ein Regreß gegen die Personen zusteht, denen die Wahrnehmung ihrer Rechte obliegt, ist nach bürgerlichem Recht zu bestimmen.[21])

VI. Eine Unterbrechung der Verjährung wirkt, wenn sie nach

---

[17]) Die ord. du comm. tit. 5 art. 22 hatte bestimmt, daß die kurze W.verjährung auch auf Minderjährige und Abwesende Anwendung finde; gleiches nimmt unter Verweisung auf Code civ. 2278 die Jurisprudenz in Betreff der Verjährung nach Co. 64 an. — Daß die Bestimmungen des H.G.B.'s im obigen Sinn auszulegen sind, ist R.civ. 10. 11 (43) mit specieller Bezugnahme auf A.L.R. I. 9. 512 ausgeführt (a. M. Anschütz Komm. II S. 321 f. Anm. 21). Unanwendbar ist daher z. B. die Vorschrift des gemeinen Rechts, nach welcher gegen Kinder, deren Vermögen dem väterlichen Nießbrauch unterliegt, keine Verjährung läuft, Windscheid § 109, ebenso die Vorschrift des A.L.R.'s I. 9. 518, die den Beginn der Verjährung gegen den im Dienst des Staates Abwesenden ausschließt; vgl. auch österr. G.B. 1496. Dagegen sind die sonstigen nach bürgerlichem Recht bestehenden Hindernisse des Beginnes oder des Laufes der Verjährung auch bei der Verjährung des Art. 146 wirksam, so die von Windscheid § 109 zu 1 u. 3 erwähnten Behinderungen; die Bestimmungen des Partikularrechts, welche die Verjährung mit Rücksicht auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner ausschließen, Pr.L.R. I. 9. 524—26; österr. G.B. 1495; sächs. G.B. 156; Code civ. 2253; — ebenso Pr.L.R. I. 9. 516 f., 522 f., 528 f.; die Bestimmung des österr. G.B.'s 1495, soweit sie sich auf den Stillstand der Rechtspflege bezieht; sächs. G.B. 157; Code civ. 2257.

[18]) Wenn es unverjährbare Forderungen giebt, so müssen dieselben auch der Verjährung des Art. 146 entzogen sein. Steuerforderungen des Fiskus nach gemeinem Recht? Windscheid § 106. Wiederkaufsrecht Pr. L.R. I. 11. 317; Dernburg Pr. Privatr. I. § 167 Anm. 11.

[19]) Art. 149. Anders W 283; Er Tit. 3 Art. 112; vgl. oben Anm. 17 und Zus.

[20]) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nur in Betreff der im Art. 149 genannten Fälle ausgeschlossen; Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche dieselbe bezüglich der nach Anm. 17 auch auf die fünfjährige Verjährung wirkenden Hindernisse (vgl. A.L.R. I. 9. 532) zulassen, sind durch Art. 149 nicht aufgehoben.

[21]) So sind die Worte des Art. 149: „jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter" auszulegen; a. M. Puchelt zu d. Art. Vgl. Prot. 1017.

Digitized by Google

Auflösung der Gesellschaft durch eine den Liquidatoren gegenüber vorgenommene oder von denselben ausgehende Handlung erfolgt, gegen sämmtliche frühere Gesellschafter[22]), sonst nur bezüglich derjenigen, denen gegenüber die Unterbrechung stattgefunden hat.[23]) Eine gegen die fortgesetzte Gesellschaft gerichtete Unterbrechung hat keine Wirkung gegenüber den ausgetretenen Mitgliedern.[24]) Darüber, was als Unterbrechungshandlung anzusehen ist, entscheidet wiederum das bürgerliche Recht.[25])

---

[22]) Art. 148 a. E. Durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren, ebenso durch Handlungen derselben (Anerkennung, Abschlagszahlungen) kann die Verjährung gegen die G.er nur unterbrochen werden, so lange die Liquidation noch nicht beendet ist, also jedenfalls nur, so lange noch ungetheiltes G.vermögen vorhanden ist; von einer Unterbrechung der Verjährung kann selbstverständlich nur die Rede sein, so lange die Verjährung noch nicht abgelaufen ist; ein Anerkenntniß der Liquidatoren nach vollendeter Verjährung ist unwirksam, weil über ihre Vollmacht hinausgehend, R 9. 25 (84); R.civ. 5. 3 (10); 6. 8 (36). — Vgl. unten Anm. 25 a. E.

[23]) Art. 148[1]. Anders nach gemeinem und französischem Recht, L 5 C. de duob. reis (8. 40); Windscheid § 295; Code civ. 1206. Uebereinstimmend mit dem H.G.B. sächs. G.B. 1035. Vgl. über das Preußische Recht Dernburg II § 49: 3[d]; Förster Eccius I S. 352; über das österr. Recht v. Kirchstetter zu § 896 Note 5; Hasenoehrl österr. Obl.recht I S. 154. Daß der G.er, dem gegenüber die Unterbrechung wirksam geworden ist, wenn er auf die G.schuld Abzahlungen gemacht hat, antheilsweisen Ersatz auch von den G.ern fordern kann, gegen die die Verjährung bereits abgelaufen ist, folgt aus dem oben zu Anm. 8, 9 Bemerkten. Vgl. auch v. Hahn zu d. Art.; Renaud S. 598. Vorbehalt des eine Abschlagszahlung leistenden G.ers, daß er die Forderung zwar gegen die G., aber nicht gegen sich selbst als begründet anerkenne, R.civ. 13. 25 (98).

[24]) Art. 148[1]. Auch dann, wenn die fortgesetzte G. in Liquidation getreten ist, wirkt eine gegenüber den Liquidatoren erfolgte Unterbrechung der Verjährung nicht gegen die vor Beginn der Liquidation ausgetretenen G.er, R.civ. 6. 8 (36).

[25]) Prot. 4535; Anschütz Komm. zu d. Art.; Renaud S. 598; R.civ. 2. 5 (12); 13. 25 (98). Das bürgerliche Recht ist, wie Renaud richtig bemerkt, theils Landesrecht, theils Reichsrecht. Von letzterem kommt insbes. in Betracht R.Konk.O. § 13; Einf.ges. z. Civ.Pr.O. § 13 Abs. 3; Einf.ges. z. R.Konk.O. § 3 Abs. 3. Vgl. auch österr. Konk.O. § 8. (Der von Renaud a. a. O. Anm. 39 ebenfalls allegirte Art. 80 der W.O. gehört dagegen nicht zu den auf die Verjährung des Art. 146 anwendbaren Bestimmungen.) Aus dem bürgerlichen Recht folgt auch, daß der Liquidator, der in eigenem Namen gegen die G. klagt, nicht in demselben Prozeß als Vertreter der Beklagten auftreten und daher sich nicht in letzterer Eigenschaft die Klage wirksam zustellen lassen kann, R.civ. 7. 123 (404), oben S. 572 Anm. 17. Nach bürgerlichem Recht ist ferner zu entscheiden, wann nach eingetretener Unterbrechung die Verjährung wieder zu laufen anfängt. Die von neuem beginnende Verjährung wird ebenfalls in fünfjähriger Frist vollendet, falls nicht ein den G.er verurtheilendes rechtskräftiges Erkenntniß in der Mitte liegt.

Digitized by Google

VII. Die fünfjährige Verjährung findet keine Anwendung auf die im Fall des Gesellschaftskonkurses den Gesellschaftsgläubigern gegen die einzelnen Gesellschafter zustehende Ausfallsforderung, weder dann, wenn die Gesellschaft durch Eröffnung des Gesellschaftskonkurses aufgelöst[26]), noch dann, wenn der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen nach Auflösung der Gesellschaft, aber vor Vollendung der Verjährung, eröffnet ist.[27]) — Die Berufung auf kürzere Verjährungsfristen, die für gewisse Forderungen gelten, ist durch das H.G.B.

---

[26]) Die Unanwendbarkeit der fünfjährigen Verjährung im Fall des G.konkurses ist sowohl in W 283 und Er Tit. 3 Art. 112 wie in Pr 143 ausgesprochen. In das H.G.B. ist die Bestimmung nur deswegen nicht übergegangen, weil die R.C. die Erörterung derselben bis zur Berathung über den kaufmännischen Konkurs vertagte, die bekanntlich nicht stattgefunden hat. Wenn die Eröffnung des G.konkurses die Auflösung der G. herbeiführt, fehlt es nach dem H.G.B. an dem im Art. 146 vorausgesetzten Ausgangspunkt der Verjährung, Art. 129[1], oben zu Anm. 11 f. Die Landesgesetze, welche die Eintragung der Auflösung in das H.register auch für den Fall des G.konkurses vorschreiben, kommen hierbei nicht in Betracht, R 23. 81 (232); R.civ. 5. 13 (53).

[27]) R.civ. 5. 13 (57) nimmt an, daß durch den G.konkurs keine Unterbrechung, sondern ein Ruhen der bereits begonnenen Verjährung eintrete. Die Entsch. bezieht sich zunächst nur auf Wechselklagen, die aus Art. 122 und der Natur der Ausfallforderung wie aus dem Satze agere non valenti non currit praescriptio entnommene Begründung derselben ist aber ganz allgemein gehalten, mithin auch auf andere Ansprüche anwendbar. Der Ansicht des Reichsgerichts ist jedoch nicht beizustimmen. Auf die in Folge des G.konkurses sich ergebende Ausfallforderung der G.gläubiger findet die Verjährung des Art. 146 überhaupt keine Anwendung, auch dann nicht, wenn der Konkurs erst nach Auflösung der G. eröffnet wird und demnach zur Zeit der Konkurseröffnung die Verjährung bereits begonnen hat. Es ist in diesem Fall bezüglich aller bei Eröffnung des G.konkurses noch nicht verjährten Forderungen so anzusehen, wie wenn die Auflösung erst durch letzteren eingetreten wäre. Dies ergiebt sich schon aus dem Prinzip des Art. 144, nach welchem die liquidirende G. den G.gläubigern gegenüber als fortbestehend gilt, oben § 81 zu Anm. 16, 17, vgl. auch R.civ. 6. 8 (36). Ueberdies spricht gegen die hier bekämpfte Ansicht, daß sie zu einer irrationellen Verschiedenheit der an die Auflösung der G. durch den G.konkurs und der an die nachträgliche Konkurseröffnung sich knüpfenden Rechtsfolgen führt. Auch dann, wenn nach Beendigung des G.konkurses die G. fortgesetzt wird oder wiederum in Liquidation tritt, ist es gerechtfertigt, die fünfjährige Verjährung von Neuem beginnen zu lassen und die bis zur Eröffnung des G.konkurses etwa abgelaufene Frist nicht einzurechnen. Eher auf eine Unterbrechung als auf ein Ruhen der Verjährung weisen auch die hier allerdings nicht unmittelbar maßgebenden Bestimmungen über den Einfluß des Genossenschaftskonkurses auf die zweijährige Verjährung gegen die Genossenschafter, D. Genoss.ges. § 63, österr. Genoss.ges. § 74, sowie § 13 R.Konk.O. hin.

Digitized by Google

nicht ausgeschlossen.[28]) Nicht aufrecht zu erhalten sind dagegen diejenigen Bestimmungen des bisherigen Rechts, die gleich dem H.G.B. den Zweck verfolgen, die Haftung der Gesellschafter abzukürzen. Die Landesgesetze, welche dieselben für fortgeltend erklären, sind als Abänderungen des H.G.B.'s durch das Reichs-Einf.-Ges. aufgehoben.[29])

VIII. Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß, da das H.G.B. die Verjährung der Forderungen gegen gewesene Gesellschafter nicht durchgreifend, sondern nur in einzelnen Beziehungen regelt, insoweit dies nicht der Fall ist, auf das bürgerliche Recht zurückzugehen ist.[30]) Dies gilt namentlich für die Wirkung, die die Verjährung auf die einzelne Forderung hat, insbesondere ob sie noch eine natürliche Verbindlichkeit übrig läßt, sowie ob sie nur die Klage oder auch die einredeweise Geltendmachung der verjährten Forderung[31]) zuläßt.

Zusatz. I. Fremde Gesetzgebungen.*) a) Frankreich: Pardessus

[28]) Art. 146[1]: „sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gesetzlich eintritt," — gleichlautend D. Genoss.ges. § 63[1], österr. Gen.ges. § 73[1]. Die gesperrten Worte, die in 1. Les. hinzugefügt sind, sollen außer Zweifel stellen, daß sich die salvatorische Klausel nur auf die „aus sachlichen Gründen, also wegen der besonderen Natur einzelner Forderungen im H.G.B. oder in irgend einem anderen Gesetz" bestimmten kürzeren Verjährungsfristen, dagegen nicht auf diejenigen Fristen bezieht, die für Forderungen jeder Art gegen frühere G.er bestimmt sind, Prot. 265. Daß durch Art. 146 die Berufung auf den früheren Eintritt der Verjährung auch dann nicht ausgeschlossen ist, wenn dieselbe bereits vor der Auflösung der G., bezw. vor dem Austritt des G.ers zu laufen begonnen hatte, ist zwar nicht, wie v. Hahn meint, in der obigen Bestimmung ausgesprochen (vgl. Prot. 268), aber unzweifelhaft richtig; ebenso daß der G.er, dem eine vor der fünfjährigen Frist ablaufende Verjährung zu Gebot steht, sich dennoch auf die Verjährung des Art. 146 berufen kann, falls dies für ihn vortheilhafter ist, Renaud S. 596 f.

[29]) Dahin gehören insbesondere auch die oben Anm. 4 angef. Bestimmungen des Hamb. und Lübecker E.G.'s; Anschütz Komm. II. S. 320, zweifelnd v. Hahn S. 538 Anm. 2; vgl. Prot. 4533 f. In Preußen sind die entsprechenden Vorschriften des Preuß. L.R.'s bereits durch § 24 f. des Preuß. E.G.'s aufgehoben worden.

[30]) R.civ. 10. 11 (44); Renaud S. 597.

[31]) Vgl. hierzu im Allgemeinen R.civ. 1. 51 (126) für das preußische; 2. 40 (158) für das gemeine Recht. Nach bürgerlichem Recht ist u. A. auch zu bestimmen, ob die Verjährung von Amtswegen zu berücksichtigen ist, sowie ob und unter welchen Voraussetzungen Verträge über die Verjährung zulässig sind; nur kommt bezüglich dieser letzteren, insoweit sie Verträge über Handelsgeschäfte sind, die Formvorschrift des A.L.R. I. 9. 566 nicht zur Anwendung.

*) Im Co. ebenso im portug., belg. und ital. G.B. wie in W und Er sind die Bestimmungen über die Verjährung gemeinsame auf alle H.gen bezüg-

Digitized by Google

no. 1090; Bédarr. sociétés III. no. 645 ss.; Bravard Veyrières (Demangeat) p. 44 ss.; Lyon I. no. 580 ss. — Co. 64: „Alle Klagen gegen die nicht liquidirenden G.er, ihre Wittwen, Erben oder Rechtsnachfolger verjähren in fünf Jahren nach dem Ende oder der Auflösung der G., wenn der den Endtermin festsetzende G.vertrag oder der Auflösungsakt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form bekannt gemacht und die Verjährung nicht den G.ern gegenüber durch gerichtliche Verfolgung des Anspruchs unterbrochen worden ist.“ Die Bestimmung hat, wie bereits in den Anmerkungen angedeutet, zu einer großen Zahl von Streitfragen Veranlassung gegeben. Insbesondere ist bestritten, ob, wenn ein G.er zum Liquidator bestellt ist, bezüglich der Ansprüche, die gegen ihn in seiner Eigenschaft als Liquidator und derjenigen, die gegen ihn als G.er erhoben werden, zu unterscheiden ist, ob die fünfjährige Verjährung nur in Betreff der ersteren, aber auch hinsichtlich der letzteren ausgeschlossen ist. Einverständniß besteht darüber, daß die Bestimmung auf die Regreßansprüche der G.er gegen einander und im Fall des G.konkurses keine Anwendung findet, wie andererseits, daß sie beim Austritt einzelner G.er zu Gunsten der Ausgetretenen anwendbar ist. Als Zeitpunkt des Beginnes gilt die Publikation der Auflösung oder des Austritts. Ueber den Lauf der Verjährung gegen Minderjährige und Bevormundete oben Anm. 17. Im Gegensatz zum H.G.B. ist hervorzuheben, daß bei den von vorn herein auf bestimmte Dauer errichteten G.en die Verjährung sofort mit dem Eintritt des Endtermins beginnt, falls der G.vertrag gehörig veröffentlicht ist. — Portugal 761 stimmt mit dem Co. überein; vergl. auch die allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung, art. 894—896. — Belgien IX 126, 127: Die Klagen gegen G.en verjähren nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. In fünf Jahren verjähren a) alle Klagen gegen ausgetretene G.er sowie gegen die Mitglieder einer aufgelösten Hg. Die Verjährung beginnt mit der Publikation des Austritts oder des Auflösungsaktes, bei den auf bestimmte Dauer errichteten G.en mit dem Eintritt des Endtermins; b) alle Klagen gegen Liquidatoren als solche. Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Beendigung der L. bekannt gemacht ist; c) alle Klagen gegen Geranten, Liquidatoren, sonstige bei der Geschäftsführung betheiligte Personen in Bezug auf Ansprüche aus der Geschäftsführung. Die Verjährung beginnt mit der die Haftung begründenden Handlung. (Der sonstige Inhalt des Art. gehört nicht hierher.) — Die fünfjährige Verjährung ist durch diese Bestimmung nicht blos dem französischen, sondern auch dem deutschen H.G.B. gegenüber erheblich ausgedehnt. Im Einklang mit letzterem ist der Unterschied zwischen liquidirenden und nicht liquidirenden G.ern beseitigt, dagegen gehen die Fälle zu b und c über dasselbe hinaus. Zu b sind Ansprüche dritter Personen gemeint, für die die Liquidatoren in ihrer Eigenschaft als Vertreter der liquidirenden G. und als Verwalter des G.vermögens (détenteurs de l'avoir social Namur no. 1357) persönlich haften; zu c kann es sich aber so wohl um Ansprüche von G.ern wie von dritten Personen handeln. Die Verjährung bezieht sich ferner, abweichend vom französischen wie vom D.H.G.B., auch auf Regreßansprüche der G.er gegen einander (Guil-

---

liche Vorschriften, während sie sich im schweiz. und ungar. G.B. und in den übrigen Entw. wie im D.H.G.B. zunächst nur auf die offene Gesellschaft beziehen.

Digitized by Google

léry soc. commerc. en Belg. no. 1258 s.). — Italien 919 (früher 172—176; älteres italien. Statutarrecht Lattes p. 137 not. 32). Die fünfjährige Verjährung findet auf alle aus dem G.vertrag oder aus G.geschäften entspringenden Ansprüche Anwendung. Also nicht blos, wenn die G. aufgelöst oder ein G.er aus derselben ausgetreten ist, sondern auch auf die durante societate gegen die G. oder gegen einzelne G.er erhobenen Klagen, ohne Unterschied, ob es sich um Ansprüche dritter Personen oder um Ansprüche der G.er gegen einander handelt. Voraussetzung ist, daß die Existenz der G. den gesetzlichen Anforderungen entsprechend veröffentlicht ist; die Verjährung beginnt „mit dem Tag der Fälligkeit der Verbindlichkeit oder mit dem Tag, an welchem der Auflösungsakt oder der Eintritt in die L. veröffentlicht worden ist, wenn die Obligation nicht fällig ist (non è scaduto). In den Fällen des art. 103 (d. h. wenn die G. vor dem verabredeten Endtermin aufgelöst wird), beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Auflösung Dritten gegenüber Wirksamkeit erlangt (einen Monat nach Publikation des Auflösungsaktes, oben S. 546). In Betreff der aus der L. entspringenden Ansprüche beginnt die Verjährung mit Genehmigung der Schlußbilanz." Die Bestimmung darf doch wohl nicht so interpretirt werden, daß mit der Veröffentlichung der Auflösung oder des Eintritts in die L. die Verjährung nicht fälliger Verbindlichkeiten beginnt, obwohl der Wortlaut hierfür zu sprechen scheint. Eine Abweichung vom französ. und belg. Recht ist die Bestimmung, daß auch bei den auf bestimmte Dauer errichteten G.en die Publikation des Auflösungsaktes in Betracht kommt, wie die Vorschrift über den Verjährungsbeginn der aus der L. hervorgehenden Ansprüche. — Schweiz 585—589 folgt dem D.H.G.B. Ausdrücklich hervorgehoben ist, daß die fünfjährige Verjährung auf Ansprüche der G.er gegen einander keine Anwendung findet, sowie daß ein G.er, der das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat, sich nicht auf die Verjährung berufen kann. Es fehlen unser Art. 148 Abs. 2 und unser Art. 149. Die Bestimmung des letzteren gilt nach dem schweiz. Gesetz für die Verjährung überhaupt, vgl. das. Art. 153 und dazu den Komm. von Fick und Schneider, dagegen tritt an Stelle der erstgenannten Vorschrift das entgegengesetzte im Art. 155 des schweiz. Ges. enthaltene Princip (Fick und Schneider zu Art. 588). Ueberflüssig ist die Schlußbestimmung, daß ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener G.er vor Ablauf der Verjährung nur in Folge einer ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schließenden Entlassung seitens der Gläubiger von der Haftung für die G.schulden befreit wird. — Ungarn 121—124 ebenfalls sich an das D.H.G.B. anschließend. Doch beginnt die Verjährung erst mit dem Tage, an welchem die Eintragung der Auflösung oder des Austrittes kundgemacht ist; später verfallende kündbare Forderungen verjähren vom Ablauf der Kündigungsfrist nach der Kundmachung, ohne Rücksicht auf die erfolgte Kündigung (vgl. oben Anm. 16). An Stelle unseres Art. 148[2] findet sich die Bestimmung, daß während der L. die Verjährung gegen die einzelnen G.er nur durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren unterbrochen wird. Als unterbrechende Rechtshandlung gilt nur Anstellung der Klage. — Gar keine hierher gehörigen Bestimmungen enthalten Holland und Spanien; in letzterem finden sich zwar (art. 580—582) allgemeine Bestimmungen über die Verjährung, dieselben beziehen sich aber mit Ausnahme des auf das bürgerliche Recht verweisenden art. 581 lediglich auf die in dem span. H.G.B. selbst normirten Verjährungen.

Digitized by Google

II. Entwürfe. W 282—284. Verjährung zu Gunsten aller (auch der liquidirenden) G.er in fünf Jahren nach dem „förmlichen" Austritt oder der Auflösung, bei später verfallenden Forderungen vom Zeitpunkt der Fälligkeit. Sie findet keine Anwendung a) soweit noch ungetheiltes G.vermögen vorhanden ist; b) gegen Minderjährige; c) im Fall der Zahlungsunfähigkeit der G. — Gerichtliches Aufgebot zur Sicherung gegen unbekannte Ansprüche Dritter. — Er Tit. 3. 111 f. ebenso wie W, nur ist das Aufgebot der unbekannten Gläubiger weggefallen. — Pr 139—143; E.I 140—144; E.II 138—141. Einzelnes ist schon in den Anmerkungen hervorgehoben. Hier ist noch hinzuzufügen, daß bereits Pr im Wesentlichen mit dem H.G.B. übereinstimmt. Hauptabweichungen sind, daß unser Art. 148[2] fehlt und daß ausdrücklich bestimmt ist, daß die kurze Verjährung im Fall des G.konkurses keine Anwendung findet. Die erstgedachte Bestimmung ist auch in E.I nur insofern vorhanden, als der Klage gegen die Liquidatoren unterbrechende Wirkung gegenüber den G.ern zugeschrieben wird (Prot. 268 f.). E.II ist wörtlich mit dem H.G.B. gleichlautend.

Nach den österr. Entwürfen sollte binnen drei Jahren seit Kundmachung der Auflösung die solidarische Haftung der offenen G.er erlöschen und nur eine Haftung nach Verhältniß der Einlagen, eventuell zu gleichen Theilen bestehen bleiben; Om 97; Or 99.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.
Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft.

§ 85.[1]
Entwickelung.

I. Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft beruhen auf gleicher wirthschaftlicher Grundlage.[2] Beide wollen dem Kapitalisten die Möglichkeit gewähren, sich an einem unter der Prinzipalschaft anderer Personen stehenden Handelsgewerbe mit einer Vermögenseinlage zu betheiligen. Beide sind demnach Verbindungen persönlicher d. h. unbeschränkter Haftung und einer auf Vermögens-

[1]) Literatur über die geschichtliche Entwicklung der Kommandit- und der stillen G.: L. Goldschmidt de societate en commandite, Diss. Hal. 1851; Lastig de comanda et collegantia, Diss. Hal. 1870; ders. die stille Gesellschaft, Habil. schrift, Halle 1871; Endemann Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre, Bd. I 1874 S. 343, 361 ff.; Lastig Beitr. z. Geschichte d. Handelsrechts Z 24. 387 ff. (1879); ders. in Endemann's Handb. I S. 326, 710 ff. (1881); Renaud Kommanditgesellschaft 1881 § 1—8; Lastig Florentiner Handelsregister des M.A.'s, Univers.schrift, Halle 1883; Fr. G. Ad. Schmidt Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des M.A.'s in Gierke's Untersuchungen zur D. Staats- und Rechtsgeschichte XV S. 89 ff. 1883; Silberschmidt die commenda in ihrer frühesten Entwickelung bis zum 13. Jahrhundert. Mit einem Vorwort von L. Goldschmidt, Würzb. 1883; Renaud die stille G. herausg. und ergänzt von Laband 1885 S. 3—67. — Aus der fremden Literatur sind besonders zu nennen: Frémery Etudes de droit commercial p. 36 ss.; Delamarre et Lepoitvin Traité de dr. comm. VI no. 114; Bédarr. sociétés I no. 170 s.; II. no. 423 ss.; Lattes il dir. comm. nella legisl. statut. p. 155 s. — Dogmatische auf beide Gesellschaftsformen gemeinsam bezügliche Literatur s. bei Renaud K.G. S. 83 f., stille G. S. 68.

[2]) Daß die rechtlichen Verschiedenheiten beider G.en auch wirthschaftliche Bedeutung haben, soll nicht geleugnet werden; unzutreffend ist es aber, wenn man, wie namentlich von Lastig in Endem. Handb. I S. 314, 707 geschehen ist, für die stille G. die Societätsform als ein deren eigentliches Wesen mehr oder weniger verhüllendes Gewand betrachtet. Weder der wirthschaftliche noch der juristische Charakter der stillen G. tritt in das richtige Licht, wenn sie als „ein bedingtes Darlehn, eine bedingte Sachmiethe, ein bedingter Innominatkontrakt" bezeichnet wird. Vgl. auch Silberschmidt S. 141 und unten im zweiten Abschn. dieses Kapitels.

Digitized by Google

einlagen beschränkten Betheiligung.[3]) Die Verschiedenheit der Rechtsformen, in welchen diese Verbindung zum Ausdruck kommt, besteht wesentlich darin, daß die Kommanditgesellschaft eine Gemeinschaft des Handelsgewerbes unter sämmtlichen an derselben betheiligten Personen begründet, sich mithin als ein Verein zum gemeinsamen gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften in dem oben § 61 erörterten Sinn darstellt[4]), während bei der stillen Gesellschaft die Kapitalseinlage in ein fremdes Handelsgewerbe stattfindet. Die Gesellschaft macht sich hier nur als ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Kapitalseinleger und dem Prinzipal des Handelsgewerbes geltend; es entsteht keine Vereinigung im vorgedachten Sinn und es fallen daher auch die hieraus sich ergebenden Konsequenzen fort, insbesondere fehlt es an einem Gesellschaftsvermögen.

Hiernach entspricht es dem vom H.G.B. zu Grunde gelegten Begriff, daß dasselbe nur die Kommanditgesellschaft, nicht dagegen die stille Gesellschaft zu den Handelsgesellschaften rechnet.[5])

II. Gemeinsame geschichtliche Wurzel beider Gesellschaftsformen ist die mittelalterliche commenda[6]), ein Vertrag, durch welchen

[3]) Prinzipal des Handelsgeschäfts und folglich auch Kaufmann im Sinne des H.G.B.'s ist sowohl bei der Kommandit- wie bei der stillen G. der Komplementar und nicht der Kapitalseinleger, oben § 24 Anm. 8.

[4]) Diese Bezeichnung halte ich, so lange keine bessere gefunden ist, trotz der Bemerkung von Laband Z 30. 519 aufrecht. Schon oben ist hervorgehoben, daß durch dieselbe der Frage nach der Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaften nicht präjudizirt, wohl aber darauf hingewiesen werden soll, daß, gleichviel ob man sich zur Annahme einer juristischen Person bequemt oder nicht, der Verein als solcher eine sich namentlich in dem Vorhandensein eines eigenen Vermögens bethätigende rechtliche Existenz hat, die ebensowohl den Gesellschaftern wie Dritten gegenüber zur Geltung kommt. Ohne auf die Erörterungen Laband's hier näher einzugehen, möchte ich nur bemerken, daß ich den Fundamentalsatz, von dem Laband ausgeht: Rechtsverhältniß und Rechtssubjekt sind unvereinbare Gegensätze — nicht anzuerkennen vermag. Dabei mag nicht unerwähnt bleiben, daß Laband mir Unrecht thut, wenn er a. a. O. S. 482 mich zu den Anhängern der von ihm selbst als sonderbar bezeichneten Ansicht rechnet, welche die H.gen nach Innen für Gesellschaften, nach Außen für juristische Personen erklärt. Meine von ihm selbst citirten Worte besagen deutlich, daß mir eine derartige Scheidung fern liegt.

[5]) Oben § 61.

[6]) Commendare bedeutet in den Quellen des römischen Rechts deponere, und zwar bezeichnet es sowohl das regelmäßige wie das irreguläre Depositum L. 186 D. de V. S. (50. 16); L. 24, 26 pr. depos. (16. 3); L. 6 C. eod. (4. 34); L. 14 § 4 D. de relig. (11. 4). Diese Bedeutung hat sich bis in die neueste

Digitized by Google

Jemand einem Anderen zum Behuf von überseeischen[7]), später auch von binnenländischen oder in der Heimath[7a]) auszuführenden Unternehmungen Waaren oder Geld anvertraute mit der Abrede, daß der Empfänger zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung und Gefahr des Hingebenden handeln und für seine Mühwaltung einen Antheil am Gewinn erhalten sollte.[8]) Das Geschäftskapital wurde vom commendans allein hergegeben, der commendatarius leistete nur operas. Aus dieser Gestalt der commenda, die nicht als eine Societät, sondern eher als eine Abart der locatio conductio anzusehen ist[9]), entwickelte sich später, zunächst ebenfalls für überseeische Unternehmungen eine Kapitalsgesellschaft (die sog. societas maris), deren Betriebskapital nicht von dem commendans allein herrührte, sondern durch Beiträge sowohl des commendans wie des commendatarius aufgebracht wurde. Ersterer war demnach wie früher Kapitalseinleger und nur als solcher an der Gesellschaft betheiligt (socius pecuniae); letzterer steuerte jetzt außer den Arbeitsleistungen auch einen Theil des Geschäftskapitals bei; er war aus einem Verwalter fremden Vermögens zu einem

---

Zeit erhalten: „Kommanditen- oder Depositengelder", Seu. 2. 287. — Zur Zeit der Volksrechte und im M.A. hat das Wort vorzugsweise den Sinn des Anvertrauens von Grundstücken, Waaren, Geldern zur Bewirthschaftung oder Nutzbarmachung mit der Abrede einer Theilung des Ertrages. Diese Bedeutung liegt auch der see- und handelsrechtlichen commenda zu Grunde. Ueber ihre mannigfache Verwendung auf anderen Gebieten Goldschmidt p. 4; Lastig de com. et colleg. p. 8 s.; auch Z 24. 418 ff.; Silberschmidt S. 20 ff. — Ein Rest der zweiten Bedeutung steckt in der Kommandite im Sinn von Zweigniederlassung oder Hülfsetablissement; oben S. 222 Anm. 16.

[7]) Goldschmidt § 2; Lastig de com. et colleg.; Silberschmidt § 2 ff. — Collegantia war die in Venedig übliche Bezeichnung des Geschäfts; Lastig p. 26; Silberschmidt S. 37 ff. Ueber die verwandte rogatia oder rogadia ders. S. 45.

[7a]) Silberschmidt § 38.

[8]) Durch die Betheiligung am Gewinn unterschied sich die commenda von der implicita, bei welcher der Beauftragte wie unser Kommissionär eine feste Provision erhielt; Renaud K.G. S. 12; Silberschmidt S. 73 f., 94.

[9]) Der Kommendatar leistete unentgeldliche Dienste und stand nur bezüglich der Entlohnung quasi societatis jure, ähnlich dem colonus partiarius und dem commis intéressé. Nur ist mehr Aehnlichkeit mit der Werkverdingung als mit der Dienstmiethe vorhanden. Vollständig trifft indeß auch diese Analogie nicht zu, da die commenda ein Realkontrakt war, der erst durch die Hingabe der anvertrauten Sachen perfekt wurde. Es ist deshalb auch nicht ungerechtfertigt, wenn man dieselbe als contractus sui generis bezeichnet, so Lastig p. 11 s.; Silberschmidt S. 101 ff.; auch Renaud K.G. S. 10 f.

Digitized by Google

socius pecuniae et industriae geworden, der das Geschäft unter seinem Namen für gemeinschaftliche Rechnung führte.[10]

Diese Gesellschaft hat sich demnächst zur Accommandita (societas per viam accommanditae) fortgebildet, die sich ähnlich wie unsere Kommanditgesellschaft nach Außen als Gesellschaft zu erkennen gab; die Kommanditisten waren, wenngleich sie nicht in der Firma benannt wurden, in den öffentlichen Registern und auf dem Titel der Geschäftsbücher zu verlautbaren.[11] Ueber den Betrag ihrer Einlage hinaus hafteten sie nur, wenn sie sich am Geschäftsbetrieb aktiv betheiligten.[12]

Neben der accommandita wird von der italienischen Jurisprudenz wie in den Statuten frühzeitig eine Gesellschaft erwähnt, die den Namen participatio, societas per modum participationis führt.[13] Mit diesem Ausdruck scheint nicht überall die gleiche Bedeutung verbunden gewesen zu sein. Wo die participatio der accommandita gegenübergestellt wird, bedeutet sie eine Kapitalsbetheiligung, die nach Außen nicht hervortritt. Der particeps wird daher auch stiller Gesellschafter (socius occultus, tacitus), die Gesellschaft selbst compagnia secreta genannt.[13a] Die Einlage ging in das Eigenthum

---

[10]) Silberschmidt § 5, §§ 30 ff.

[11]) Goldschmidt § 3; Lastig Z 24. 399 ff.; ders. in Endem. Handb. I S. 720 f.; Entwickelungswege und Qu. des H.R.'s S. 355[6], 356; Florent. Handelsreg. S. 35 ff.; Renaud K.G. S. 19 ff.; Lattes p. 162. Als eine Vorstufe der societas per viam accommand. ist die colonna zu betrachten, eine Vereinigung mehrerer Kommendatoren mit einem Schiffer Behufs Durchführung eines gemeinschaftlichen Unternehmens, Renaud S. 19, 63. Vgl. über dieselbe neuerdings Laband Z 31. 45. Einen Gegensatz hierzu bildete das sortimento di robe, bei welchem der Kommendatar verschiedenen Kommendanten, die ihm Waaren anvertraut hatten, also jedem derselben kraft eines besonderen Kommendavertrages gegenüberstand, Lastig Z 24. 402 f.

[12]) In einer oft cit. Stelle (Goldschmidt Diss. p. 14 not. 18, 19; Thöl § 111[3]; Renaud K.G. S. 20[21]; Lastig Z 24. 404) sagt Casaregis, das jus formale stehe dem Akkommandatar zu, qui habet totale exercitium et administrationem et proprio nomine contrahit et distrahit; die Akkommandanten seien nur per participationem pro rata capitalis immissi, nicht per proprietatem in jure formali ipsius negotii. Ein klarer juristischer Gedanke steckt in dieser Formulirung nicht und es ist nicht zu wünschen, daß der Versuch von Lastig (Endem. Handb. I S. 326, 338 u. ö.), dieselbe in unsere Rechtssprache einzuführen, Nachahmung finden möge; vgl. dagegen auch Gierke Z 27. 608.

[13]) Vgl. hierzu und zum Folgenden Goldschmidt p. 11 s.; Lastig Z 24. 400 f. und in Endem. Handb. I 712 f.; Renaud K.G. S. 19; ders. stille G. S. 6 ff.; Silberschmidt S. 139; Delamarre et Le Poitvin VI p. 233 s.

[13a]) Lastig in Endem. Handb. I S. 720 f.; Lattes S. 177 Anm. 72, vgl. auch oben S. 457 Anm. 1.

Digitized by Google

des Geschäftsführers über, der sich mit dem stillen Gesellschafter nach Beendigung des gemeinsamen Unternehmens oder in bestimmten Abrechnungsperioden aus einander zu setzen hatte. Zwischen Letzterem und den Gläubigern und Schuldnern des Geschäftsführers entstand kein unmittelbares Rechtsverhältniß, ebenso wenig wurden mehrere an demselben Handelsunternehmen betheiligte participes als unter einander in einem Societätsverhältniß stehend betrachtet. In der Form der Participation konnte eine Betheiligung sowohl an einzelnen Handelsgeschäften wie am Betrieb eines ganzen Handelsgewerbes stattfinden, die Accommandita dagegen war nur in letzterem Fall anwendbar.

III. Ob bereits den Römern ähnliche Gesellschaften bekannt gewesen sind, ist zweifelhaft.[14]) Der Zweck einer Kapitalsanlage in Handelsunternehmungen scheint bei ihnen regelmäßig durch andere Mittel erreicht worden zu sein.[15]) Die hier geschilderte Entwickelung hat im Mittelalter (seit dem 10. Jahrhundert) von den Küsten des

[14]) Lastig in Endem. Handb. I S. 710; Renaud K.G. S. 13, aber auch S. 93; ders. stille G. S. 3; Silberschmidt S. 9 ff. und die das. Angeff. — In meiner Besprechung von Renaud's K.G. Z 28. 429 habe ich nicht, wie Renaud stille G. S. 3 Anm. 3 meint, in Zweifel gezogen, daß nach römischem Recht eine Vereinbarung möglich gewesen sei, wonach der Antheil des Kapitalgebers am Verlust den Betrag des ihm wegen der Einlage zustehenden Rückforderungsrechts nicht übersteigen, sondern denselben nur mindern und erschöpfen solle (diesen Zweifel imputirt mir Renaud), sondern ich habe es für zweifelhaft und weiterer Untersuchung bedürftig erklärt, ob sich schon nach bürgerlichem, insbesondere nach römischem Recht die Möglichkeit einer Kommanditgesellschaft ergebe. Dies war die von mir für problematisch erachtete Behauptung Renaud's KG. S. 93. Neuerdings ist diese Frage von mir oben S. 454 f. erörtert worden. Vgl. auch § 87 Anm. 7.

[15]) In der Regel werden als solche Mittel die Ausstattung eines Sklaven mit einem Pekulium und das foenus nauticum und quasi nauticum bezeichnet. — Renaud Aktiengesellsch. (2. Aufl.) S. 8; K.G. S. 13; stille Gesellsch. S. 2; Silberschmidt S. 9, 12. — Berührungspunkte des foenus nauticum mit der commenda, bezw. der societas maris Matthias das foenus nauticum S. 72 f.; Schröder in Endem. Handb. IV 1 S. 243 Anm. 33. — Vermeintliche Analogien der K.G. in der röm. Societätsbildung, Renaud, Silberschmidt a. a. O.

[16]) c. 19 X de usur. (5. 19): Naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniae quantitatem, pro eo quod suscepit in se periculum recepturus aliquid ultra sortem, usurarius est censendus. — Die Jurisprudenz suchte über das ganz unumwundene Verbot hinwegzukommen, z. Th. durch die Emendation: non est censendus, die allerdings zu dem weiteren Inhalt der Stelle besser zu passen scheint, der aber die handschriftliche Ueberlieferung wie der offizielle Text entgegen stehen, Neumann Gesch. d. Wuchers S. 17, 458; Endemann Studien II S. 326; Matthias S. 56; Schröder a. a. O. S. 244 Anm. 38.

Digitized by Google

mittelländischen Meeres ihren Ausgang genommen. Auf die Fortbildung und Verbreitung der genannten Gesellschaften war sodann die kanonische Wucherlehre von größtem Einfluß, die, indem sie das Zinsverbot auch auf das zum Zweck von See- und Handelsunternehmungen aufgenommene Darlehn ausdehnte[16]), das Kapital mit Nothwendigkeit auf den Weg gesellschaftlicher Betheiligung hinwies.

In neuerer Zeit hat namentlich die ordonnance du commerce für die Entwickelung der erwähnten Gesellschaften, und zwar auch außerhalb Frankreichs, Bedeutung erlangt. Dieselbe kennt nur zwei Handelsgesellschaften[17]): die société générale, d. i. unsere offene Gesellschaft[18]) und die Kommanditgesellschaft (société en commandite). In Betreff der letzteren beschränkt sie sich auf eine Specialvorschrift: die Kommanditisten haften nicht über den Betrag ihrer Einlage. Im Uebrigen sollen auf beide Gesellschaften dieselben Bestimmungen Anwendung finden.[19])

Die Geschäftspraxis übte außer diesen noch die unbekannte oder geheime Gesellschaft, société anonyme, inconnue, in einem besonderen Anwendungsfall auch compte en participation genannt. Sie entsprach im Wesentlichen der italienischen participatio, scheint sich aber lediglich auf einzelne Geschäfte bezogen zu haben.[20])

Der code de commerce[21]) hat das System der ordonnance weiter ausgebaut. Die Kommanditgesellschaft ist nach demselben ebenso wie früher eine Abart der offenen Gesellschaft, im Allgemeinen den gleichen Bestimmungen unterworfen. Einzelne sie betreffende Punkte sind bestimmter geregelt, dahin gehört namentlich, daß die Annahme einer Gesellschaftsfirma und die Art derselben bestimmt vorgeschrieben ist.[21a]) Zugleich ist als eine außerhalb der eigentlichen Handelsgesellschaften stehende Vereinigung die association en parti-

[17]) Ord. du comm. tit. IV art. 1; vgl. hierzu Bédarr. sociétés I no. 176 ss.

[18]) Oben S. 457 Anm. 1.

[19]) Ord. IV 8: Les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à la concurrence de leur part. Die Verlautbarung der G. zum H.register wurde gemäß art. 2 tit. IV nur verlangt, wenn auch die K.isten Kaufleute waren. Bornier p. 467.

[20]) Lastig in Endem. Handb. I S. 760; Renaud stille G. § 4 und die das. mitgetheilten Stellen aus Savary parfait négociant, auch Bornier Ordonn. du comm. p. 466, 472; Bédarr. sociétés II no. 423 ss.

[21]) Vgl. im Allgemeinen über denselben Renaud K.G. S. 33; stille G. S. 44 f. Lastig in Endem. Handb. I S. 727; Bédarr. sociétés II no. 124 s. 170 s. Bei den Berathungen im Staatsrath wurde der Vorschlag gemacht, die K.G. société mixte zu nennen. — [21a]) Co. 23–28.

Digitized by Google

cipation anerkannt.[21b]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist dabei zunächst ebenfalls an eine Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften zu denken[22]); wie bereits früher bemerkt[23]), nimmt indeß die französische Jurisprudenz an, daß es nicht hierauf, sondern auf die stille, nicht nach Außen hervortretende Betheiligung ankommt.[24]) Demnach stimmt die association en participation mit der alten participatio überein und entspricht auch, abgesehen davon, daß sie nicht eine Betheiligung an dem ganzen Handelsgewerbe zu sein braucht, sondern eine Gelegenheitsgesellschaft sein kann, unserer stillen Gesellschaft.

IV. Was das ältere deutsche Recht anlangt, so lassen sich sowohl die commenda wie die gesellschaftliche Kapitalseinlage in ein Handelsgewerbe bereits im Mittelalter nachweisen.[25]) Letztere ist auch in die Stadtrechte des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts übergegangen[26]); sie wird hier als „Einlegen zu Gewinn und Verlust" bezeichnet. Der Kapitalseinleger soll weiter nit dan nach anczal seines gelegten gelds oder guts mit zu bezalen schuldig und im Fall eines Unvermögens weiter nit dan soweit sein hauptgut sich erstreckt, beizutragen verpflichtet sein.[27]) Ob diese und ähnliche in

---

[21b]) Co. 47.

[22]) Co. 48: Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce.

[23]) Oben S. 440, 443.

[24]) Dies darf doch wohl gegen die Ansicht von Renaud stille G. S. 44 als die herrschende, obwohl nicht unbestrittene Auffassung der neueren französischen Jurisprudenz bezeichnet werden. Für dieselbe Delamarre et Le Poitvin III no. 31; Bédarr. II p. 429 s.; Lyon I no. 519 ss. Dagegen namentlich Pardessus IV no. 1046; Bravard-Veyrières unter Zustimmung von Demangeat I p. 273 s. Der Kassationshof hat nach Bédarr. no. 430 eine zum Betrieb eines Badeetablissements errichtete G. für eine participation erklärt, vgl. auch den bei Lyon p. 281 not. 1 angeführten Beschluß v. 4. Dec. 1860 und das Z 22. 260 mitgetheilte Erkenntniß. Ueber die hiermit im Einklang stehende belgische Jurisprudenz vor der Revision des Co. vgl. Namur II no. 1283; Guilléry soc. comm. en Belg. III no. 1050.

[25]) Neumann Gesch. d. Wuchers S. 422 Anm. 3; Lastig die stille G. S. 5 ff.; Schmidt Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsqu. des M.A.'s S. 89 ff. Deutsche Namen für commendare sind: senden, bevelen, wedderlegen; das Geschäft selbst heißt sendeve, wedderleginge.

[26]) Vgl. das Privileg für Nürnberg von 1464, Nürnberg. Reform. v. 1564 Tit. 18 Ges. 451; Frankf. Reform. v. 1578 Tit. 33 § 12; Lüneb. Stadtr. v. 1577—83 Th. II Tit. 23 — mitgetheilt von Goldschmidt Diss. p. 12 s., Lastig in Endem. Handb. I S. 716 f.

[27]) So die Nürnb. Reform.; nach der Frankf. Reform. und dem Lüneb.

Digitized by Google

verschiedenen Quellen wiederkehrende Wendungen eher auf eine Anlehnung an die participatio als an die accommandita hinweisen, ist nicht zu entscheiden, da keine Anzeichen dafür vorhanden sind, daß der Gegensatz beider Gesellschaftsformen der deutschen Rechtswissenschaft jener Zeit zum Bewußtsein gekommen wäre. Im achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert stehen Doktrin und Gesetzgebung ersichtlich unter französischem Einfluß.[28]) Den ersten bis jetzt bekannt gewordenen Beleg für den gesetzlichen Gebrauch des Ausdrucks heimliche Gesellschaft bietet die österreichische Fallitenordnung von 1734[29]), allein die von dieser sog. heimlichen Gesellschafter stehen unseren Kommanditisten näher als unseren stillen Gesellschaftern; sie werden nicht in den Oblatorien bekannt gemacht, sind aber mit Angabe ihrer Einlagen zu protokolliren und dürfen letztere, so lange die Societät besteht, weder ganz noch theilweise aus derselben herausziehen. — Auch das preußische Landrecht, welches die Ausdrücke stiller Gesellschafter und associé en commandite gleichbedeutend braucht, will sich, wie sowohl hieraus wie aus dem sonstigen Inhalt seiner Bestimmungen hervorgeht, an das französische Recht an-

Stadtr. bezieht sich die Bestimmung, daß der Kapitalseinleger bei Geschäftsverlusten nur „so viel als sich nach Anzahl seines zugelegten Hauptgutes gebührt" beizutragen verpflichtet sei, auch auf den Fall der Insufficienz der G.; in der Frankf. Reform. wird hinzugefügt, daß er „damit der übrigen Schulden gar entledigt, auch alle anderen seine Haab und Güter von menniglich unangelangt und unbeschwert gelassen werden" sollen. — Eine materielle Verschiedenheit ist in diesen verschiedenen Fassungen schwerlich zu finden; vielmehr ist anzunehmen, daß nach allen drei Stadtrechten der Kapitalseinleger einerseits nur nach Verhältniß der Einlage, andererseits nicht über den Betrag derselben hinaus am Verlust betheiligt sein soll. Ebenso auch nach Preuß. Landr. II. 8 651 f.; Goldschmidt Diss. p. 30 not. 8.

[28]) Dies ergiebt sich aus den Nachweisungen von Lastig in Endem. Handb. I. S. 715 ff., besonders S. 722 f., 728 f.; vgl. auch Renaud stille G. § 5.

[29]) Lastig S. 722; Renaud S. 28. — Im österr. b.G.B. § 1204 werden als geheime Mitglieder einer Hg. diejenigen bezeichnet, „welche ihr einen Theil des Fonds auf Gewinn und Verlust dargeliehen haben, aber nicht als Mitglieder angekündigt worden sind; sie haften auf keinen Fall mit mehr als mit dem dargeliehenen Kapital; die kundgemachten Mitglieder haften mit ihrem ganzen Vermögen". Treitschke S. 21 hat an dieser Bestimmung nur auszusetzen, daß sie so klinge, als ob ein solches Darlehn nicht ebensowohl einem Einzelnen als einer Gesellschaft gegeben werden könne; sonst erschöpfe sie mit wenigen Worten meisterhaft das ganze Verhältniß. Bei der Würdigung dieses Lobes ist aber in Betracht zu ziehen, daß Treitschke denselben Gedanken wie in der angef. Bestimmung auch in Co. 26 ausgesprochen findet.

Digitized by Google

schließen.[30]) Ebenso liegt der dem H.G.B. voraufgehenden Literatur bis in die neueste Zeit ein grundsätzlicher Gegensatz zwischen der deutschen stillen und der französischen Kommanditgesellschaft wie überhaupt der Gedanke an zwei verschiedene Formen der gesellschaftlichen Kapitalsbetheiligung fern; vielmehr gehen alle älteren handelsrechtliche Schriftsteller von der Auffassung aus, daß es nur eine derartige Gesellschaft gebe und daß dieselbe sich bei uns wesentlich übereinstimmend mit dem französischen Recht entwickelt habe.[31])

Gleichwohl ist nicht zu leugnen, daß Unterschiede zwischen der deutschen und französischen Rechtsentwickelung vorhanden waren[32]) und daß in Deutschland die Neigung bestand, die Betheiligung des stillen Gesellschafters, so lange sie nicht kundgemacht war, als reines Internum zwischen ihm und dem Geschäftsinhaber zu behandeln. Ein klarer Rechtszustand hatte sich jedoch in dieser Hinsicht nicht herausgebildet[33])

---

[30]) A.L.R. II. 8 § 651 f., 795. — Der Kommanditist haftet nach § 652 a. a. O., wenn sein Name nicht in der Firma enthalten und er auch sonst als G.er nicht ausdrücklich bekannt gemacht ist, den Gläubigern „nur mit seinem in der Handlung stehenden Kapital und kann ein Mehreres zu den Societätsschulden beizutragen nicht angehalten werden". Die Bestimmung dürfte der ord. du comm. (Anm. 19) nachgebildet sein. Nach § 795 wird der stille G.er aus einer unter der G.firma eingegangenen W.verbindlichkeit nicht wechselmäßig verpflichtet. Die Interpretatoren (Grävell, Bielitz, Crelinger, Gräff) heben einstimmig hervor, daß hierdurch nur die persönliche Haftung ausgeschlossen sei, daß dagegen das in der Handlung befindliche Kapital allerdings der Wechselexekution unterliege. Vgl. über das Landrecht Mot. zu Pr S. 76; Gelpcke in seiner Zeitschr. H. 2 S. 46 ff., S. 69, der indeß in Folge seiner Vorliebe für die Rechtspersönlichkeit der Hg.en und seiner Neigung, die Merkmale hierfür schon im bestehenden Recht vorzufinden, nicht ganz unbefangen ist; vgl. Goldschmidt Krit. Zeitschr. IV S. 338.

[31]) Die Bestätigung ergiebt sich aus sämmtlichen Darstellungen der stillen, bezw. Kommanditgesellschaft in der dem H.G.B. voraufgehenden Literatur, vgl. namentlich Thöl noch in der letzten vor dem H.G.B. erschienenen (dritten) Aufl. des H.R.'s § 40—43. Drei verschiedene Richtungen versucht in der älteren Literatur zu unterscheiden Lastig a. a. O. S. 428 f.

[32]) Zuerst hat Goldschmidt in seiner Beurtheilung des preuß. Entwurfs zum H.G.B. (Zeitschr. f. krit. R.wissenschaft IV S. 323 ff., Separatabdr. H. 2 S. 34 ff.) diese Verschiedenheiten energisch betont. Vgl. auch Schliemann krit. Bemerk. S. 42 ff. und Goldschmidt Beil. Heft zu Z 3 S. 57 f. (Beurtheilung von E. II). Daß Goldschmidt's Aufstellungen auf einer logischen Entwickelung beruhen, ist nicht zu bestreiten; zweifelhafter ist, ob sich auch behaupten läßt, daß sie sämmtlich dem damals vorhandenen gewohnheitlichen Rechte in Deutschland entsprechen.

[33]) Daß die Doktrin schwankend war, hat Goldschmidt selbst anerkannt,

Digitized by Google

und die auf der Nürnberger Conferenz wiederholt gebrauchte Bezeichnung „alte deutsche stille Gesellschaft“ [34]), um anzudeuten, daß dieselbe zum Unterschied von der Kommanditgesellschaft ein Ergebniß einheimischer Rechtsbildung sei, ist demnach nur mit Einschränkungen zutreffend.[35])

Gleich der älteren Doktrin berücksichtigen die vor der Nürnberger Conferenz abgefaßten Entwürfe zum H.G.B. nur eine der hier in Betracht kommenden Gesellschaftsformen.[36]) Sie führt in der Mehrzahl derselben den Namen stille Gesellschaft[37]), erscheint aber in sämmtlichen als eine wesentlich dem französischen Muster folgende Nachbildung der Kommanditgesellschaft.[38]) Erst im Nürnberger Entwurf zweiter Lesung haben Kommandit- und stille Gesellschaft in ihrer jetzigen Stellung Aufnahme gefunden.[39]) Daß damit ein schädlicher oder doch überflüssiger Dualismus künstlich geschaffen worden, wird sich schon im Hinblick auf die Entwickelung der außerdeutschen Rechte schwerlich behaupten lassen.[40]) Aber auch nach der Gestaltung des einheimischen Rechtszustandes mußte die Klärung der herrschenden Begriffsverwirrung

---

krit. Zeitschr. IV S. 323. — Die nach dem H.G.B. ergangenen, auf die K.G. des älteren Rechts bezüglichen Entscheidungen sind allerdings geneigt, sie der jetzigen stillen G. gleichzustellen, R. 5. 81 (364); Bu. 8. 298; 16. 177. Frühere Entscheidungen lassen zu Zweifeln Raum, vgl. Seu. 2. 287 ff. u. Z. 2. 421 f.; es scheint danach, daß jene, offenbar durch das H.G.B. beeinflußte Erkenntnisse dem älteren Recht doch wohl eine größere Bestimmtheit beimessen, als ihm wirklich zukam.

[34]) Vgl. z. B. Prot. 1031 f., 1144.

[35]) Gegen diese Bezeichnung treffend Voigt im neuen Arch. für H.R. II S. 423 f.

[36]) Oben S. 442, vgl. auch Renaud stille Gesellsch. S. 32 ff.

[37]) Nur Er nennt sie Kommanditgesellschaft.

[38]) Dies gilt von sämmtlichen Entw., auch von W, obwohl in den Mot. zu demselben S. 232 die stille G. als die Betheiligung an einem fremden Handelsgewerbe bezeichnet wird; vgl. Renaud a. a. O.

[39]) Auf die in der 1. Les. geltend gemachten Argumente scheint die in Anm. 32 erwähnte Kritik Goldschmidt's von Einfluß gewesen zu sein, obwohl ihrer in den Berathungen nicht Erwähnung geschieht. Die gestellten und zum Theil auch angenommenen Anträge beruhen großen Theils auf den von Goldschmidt geltend gemachten Gesichtspunkten. Das schließliche Ergebniß war freilich ein Anheimstellen an die Redaktionskommission (Prot. 309), die dann wiederum ganz zur Kommanditgesellschaft zurückkehrte.

[40]) Gegen die Aufnahme beider Parallelformen hatten sich Goldschmidt in der Kritik von E. II und Schliemann (oben Anm. 32) ausgesprochen. Die in diesem Sinn von der mecklenburg. und badischen Regierung zur 3. Les. gestellten Anträge wurden jedoch von der Berathung ausgeschieden.

Digitized by Google

mit einer gewissen inneren Nothwendigkeit zur Anerkennung beider Gesellschaften führen.[41])

Zusatz. Im Allgemeinen ergiebt sich das Verhalten der außerdeutschen G.bücher hinsichtlich der hier erörterten G.formen aus dem oben Zus. I zu § 61 (S. 440 f.) Bemerkten. Vgl. jetzt auch Renaud stille G. S. 46 ff. Hinzuzufügen ist den obigen Bemerkungen an dieser Stelle noch Folgendes:

Spanien unterscheidet von der compañia en commandita, die zu den H.gen gehört, mittels öffentlicher Urkunde zu errichten und in das H.register einzutragen ist (art. 265 ss.) die sociedad accidental oder de cuentas en participacion (354 ss.). Diese letztere, die nicht als Hg. gilt und keiner förmlichen Errichtung bedarf, stimmt mit der französischen association en participation in dem Sinne überein, welchen dieser die neuere Jurisprudenz beilegt; d. h. sie ist eine stille Betheiligung, die sich ebenso wohl auf eine oder mehrere einzelne Handelsunternehmungen wie auf ein ganzes Handelsgewerbe erstrecken kann. Ebenso Renaud a. a. O.

Portugal. Die im art. 580 beiläufig als eine Unterart der parceria erwähnte sociedade em commandita ist keine Hg., erscheint aber im Uebrigen durchaus als eine Kg. im Sinne des französischen Rechts, namentlich auch bezüglich der Errichtungsform und der Registrirung. Die Bestimmung, daß der Kommanditist, der sich an der Gestion des G.geschäfts betheiligt, unbeschränkt haftet, wegen deren Renaud S. 59 f. die gedachte G. für eine unserer stillen G. verwandte G.form erklärt, findet sich bekanntlich ganz ebenso im Co. art. 27 für die französische K.G. Dagegen ist Renaud allerdings zuzugeben, daß die s. tacita des portug. Rechts (art. 565—570) nicht, wie oben S. 441 angenommen, völlig mit unserer stillen G. zusammenfällt, wenngleich der Grundgedanke

---

[41]) Einige der von Goldschmidt gegen E. II erhobenen Beschwerden waren unzweifelhaft begründet, z. Th. sind die betr. Bestimmungen auch in 3. Les. geändert worden. Dahin gehört namentlich die von Go. vorzugsweise bemängelte nachtheilige Stellung des stillen G.ers im Konkurs des Komplementars nach E. II 243, vgl. unseren Art. 258. Ebenso die mit Recht gerügte Vorschrift in E. II 144, daß vor der Eintragung die Kommanditgesellschaft „als solche" nicht bestehe, vgl. jetzt Art. 163[3]; in Zusammenhang hiermit steht die Aenderung von E. II 146 in unserem Art. 156. — Anderes im Verlauf der folg. Darstellung. Der Vorschlag von Goldschmidt, nur eine stille Gesellschaft, allenfalls mit fakultativer Eintragung, anzuerkennen, zugleich aber der Betheiligung des stillen G.ers im Fall der Kundmachung bestimmte Wirkungen Dritten gegenüber beizulegen, würde vielleicht zur Vereinfachung des Systems gedient, sich aber weiter von dem in Deutschland geltenden Recht entfernt haben als der jetzige Inhalt des H.G.B.'s. Hauptbedenken gegen letzteres ist, daß es in zweifelhaften Fällen an einem greifbaren Kriterium dafür fehlt, ob eine nicht eingetragene G. als Kommandit oder als stille G. anzusehen ist. Vgl. hierüber § 87 zu Anm. 8. Keinenfalls ist indeß dieses Bedenken geeignet, das ganze System des H.G.B.'s verwerflich erscheinen zu lassen. Keine Existenzberechtigung hat neben der Kommandit- und der stillen die sog. kundgemachte stille G.

Digitized by Google

der letzteren doch auch bei ihr zur Geltung kommt. Sie ist eine nicht förmlich errichtete und kundgemachte G.; socio tacito heißt der weder in der Firma benannte noch sonst publicirte G.er. Das Verhältniß ist an sich ein reines Internum und wird Dritten gegenüber erst dann wirksam, wenn das Vorhandensein eines G.ers in den Geschäftsgebahrungen sich äußerlich zu erkennen giebt. Das Gesetz stellt eine Reihe von Präsumtionen auf, die zu einem solchen Schluß berechtigen. Wird das Vorhandensein eines socio tacito dargethan, so haftet derselbe je nach der Art seiner Betheiligung entweder als socius, d. h. unbeschränkt oder als Kapitaleinleger (comparte), lediglich mit dem eingeschossenen, bezw. dem versprochenen Kapital. — Uebrigens kennt das portug. G.B. auch die Participationsgesellschaft, associação em conta de participação, auch a. momentanea, anonyma genannt (571—76), doch scheint sich dieselbe hier lediglich auf einzelne H.unternehmungen zu beziehen und ist deshalb auch oben S. 440 als Gelegenheitsgesellschaft bezeichnet worden.

Holland 14, 19—22 rechnet die K.G. (vennootschap bij wijze van geldschieting oder en commandite) zwar zu den H.gen, doch nähert sich dieselbe insofern der stillen G. als sie weder eine besondere Form der Errichtung noch Bekanntmachung fordert. Sind mehrere persönlich haftende G.er vorhanden, so ist die G. bezüglich ihrer eine offene und alsdann sind insoweit die für letztere vorgeschriebenen Formen zu erfüllen. Im Uebrigen wiederholt das holländ. G.B. die Co. 24—28 für die K.G. gegebenen Vorschriften, die Bestimmung, daß der Name des Kommanditisten nicht in der Firma enthalten sein darf, mit der Maßgabe, daß dies dann zulässig sein soll, wenn ein unbeschränkt haftender G.er in die Stellung eines Kommanditisten übertritt (art. 30, oben S. 269), Renaud S. 51; Kist III bl. 294. Die nicht zu den H.gen gehörige handeling voor gemeene rekening, art. 57 v., ist die französ. association en participation, wird aber von der holländ. Jurisprudenz nur auf die Betheiligung an einzelnen H.geschäften bezogen, vgl. Holtius I bl. 153 v., de Wal I bl. 119, Renaud S. 52. — Kist a. a. O. bl. 300 bemerkt übrigens, daß auch nach holländ. Recht eine stille G., obwohl dieselbe im G.B. keine Stelle gefunden habe, möglich sei.

Das italien. H.G.B. unterscheidet die K.G. (società in accommandita, art. 76, 114 ss; früher art. 106, 118 ss.) und die associazione in partecipazione (art. 233, früher art. 177 ss.) in derselben Weise wie dies oben für das französische Recht angenommen worden ist. Erstere ist eine H.G., die mittelst schriftlichen Vertrages errichtet und öffentlich bekannt gemacht werden muß; letztere kann formlos errichtet werden, gehört nicht zu den H.gen, gilt in Folge dessen Dritten gegenüber nicht als Rechtspersönlichkeit (ente collettivo) und besitzt keine Firma. Sie kann mit Bezug auf einzelne H.unternehmungen wie auf das H.gewerbe im Ganzen eingegangen werden und liegt nach dem Wortlaut des Gesetzes dann vor, wenn ein Kaufmann oder eine H.G. einer oder mehreren Personen oder einer G. eine Betheiligung am Gewinn und Verlust einzelner H.geschäfte oder des gesammten Gewerbebetriebs einräumen; vgl. hierzu Renaud S. 49. Nichtkaufleute können nicht nur als stille G.er an den Unternehmungen Anderer betheiligt sein, sondern auch, wenn sie einzelne H.geschäfte abschließen, eine stille Betheiligung an denselben einräumen.

Ueber das belg. Gesetz, welches ebenfalls Kommandit- und Participationsgesellschaft im vorstehenden Sinne unterscheidet, sowie über das schweizerische

Digitized by Google

und ungarische G.B., die beide nur die K.G., nicht die stille G. kennen, vgl. oben S. 441; Renaud S. 49, 53 f.

Ansätze zu einer stillen Gesellschaft im englischen Recht, oben S. 442; Renaud S. 57 f.

Erster Abschnitt.

Die Kommanditgesellschaft.*)

§ 86.[1])

Begriff. Arten.

I. Die Kommanditgesellschaft ist eine Handelsgesellschaft mit unbeschränkter Betheiligung einzelner, mit einer auf Vermögenseinlagen beschränkten Betheiligung anderer Gesellschafter.[2]) Die Unbeschränktheit und Beschränktheit der Betheiligung bezieht sich auf das Verhältniß nach Außen, d. h. zu den Gesellschaftsgläubigern, ist demnach gleichbedeutend mit unbeschränkter und beschränkter Haftung für die Gesellschaftsschulden. Die gesetzliche Bezeichnung für die unbeschränkt betheiligten Mitglieder ist persönlich haftende Gesellschafter[3]), andere für sie gebräuchliche, wenngleich im H.G.B. nicht recipirte Ausdrücke

*) Renaud das Recht der Kommanditgesellschaften. Leipzig 1881. In diesem Abschnitt nur mit dem Namen des Verf. citirt. — Von dem Kommentar von Anschütz und v. Völdernborff ist der zweite und dritte Titel des zweiten Buches durch v. Völdernborff in einem 1884 f. erschienenen Ergänzungsband umgearbeitet. Die Umarbeitung bezieht sich vorzugsweise auf den zweiten Abschn. des zweiten sowie auf den dritten Titel nach Maßgabe des Ges. v. 18. Juli 1884, hat aber auch den ersten Abschn. des zweiten Tit. nicht unberührt gelassen. Wo im Folgenden der genannte Komm. angeführt wird, ist, soweit nichts Besonderes bemerkt, die erwähnte Umarbeitung gemeint.

[1]) Martens, Heise, Morstadt § 22; Pöhls § 98; Brinckmann § 54; Treitschke § 9; Fischer-Ellinger § 98; Auerbach Gesellsch. S. 127; Handelsges. S. 146; Endemann § 49; Thöl § 102; Gareis § 26; Wendt in Endem. Handb. I § 96 ff.; Renaud §§ 12—20.

[2]) Art. 150. — Die Anordnung der von der Kommanditgesellschaft handelnden Bestimmungen schließt sich vollständig an die des ersten Titels an. Art. 150—156 entspricht dem ersten Abschnitt des ersten Titels (Errichtung der G.); Art. 157—162 handelt von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander, Art. 163—169 von dem Rechtsverhältniß der G. zu dritten Personen, Art. 170—172 entsprechen dem vierten bis sechsten Abschn. des ersten Tit.

[3]) Art. 150, 151, 153, 158 u. ö. Ganz korrekt ist diese Bezeichnung nicht, Laband Z 30. 515 Anm. 55, vgl. auch unten § 89.

Digitized by Google

sind Komplementare oder Geranten.[4]) Die beschränkt betheiligten Gesellschafter heißen Kommanditisten.[5])

II. Die Vorschriften des H.G.B.'s über die Kommanditgesellschaft zerfallen in zwei Abschnitte. Der erste handelt „von der Kommanditgesellschaft im Allgemeinen",[6]) der zweite „von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere".[7]) Der zweite Abschnitt ist bereits durch das Gesetz des norddeutschen Bundes vom 11. Juni 1870 (die sog. Aktiennovelle) wesentlich geändert, durch das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 in noch weiterem Umfang umgestaltet worden. Aber auch nach der neuesten Gesetzgebung ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien eine Unterart der Kommanditgesellschaft, deren Eigenthümlichkeiten darauf beruhen, daß das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist.[8]) In der folgenden Darstellung ist aus den bereits früher dargelegten Gründen[9]) zunächst lediglich von der einfachen Kommanditgesellschaft die Rede und diese wird hier unter der Kommanditgesellschaft schlechtweg verstanden.

---

[4]) Géraht Co. 44; commandité Belg. 18; andere Bezeichnungen bei Renaud S. 90. Die ursprüngliche Bedeutung des Ausdruckes Komplementar ist nach Lastig in Endem. Handb. I S. 704 Anm. 2 Faktor, Bevollmächtigter, Institor, Prokurist. Hierzu ist indeß zu bemerken, daß die Decis. rot. Gen., auf die Lastig sich beruft, die Bezeichnung complementarius noch nicht kennen, sondern immer nur von einem socius qui complementum dat (complementum dans) sprechen. Dieser Ausdruck deutet auf einen Zusammenhang mit der completio der Urkunden hin (Brunner, Beitr. z. Rechtsgesch. d. röm. u. german. Urk. S. 66 f., 94 f. u. ö.), der indeß noch näherer Untersuchung bedürftig zu sein scheint. Gemeint ist der socius, der den Auftrag hat, die Geschäfte der G. in deren Namen (nomen societatis expendendo) zum Abschluß zu bringen, der aber zugleich für die Erfüllung derselben haftet. (Du Cange completor: fidejussor qui pacta complenda fidejubet). — Früher wurde der Komplementar, entsprechend dem commendatarius oder accommendatarius des älteren Rechts, bisweilen Kommanditar genannt, allein diese Bezeichnung ist, wie bereits Brinckmann § 54 Anm. 4 richtig bemerkt, obwohl korrekt gebildet, doch mit Rücksicht auf den theilweise auch in Deutschland eingedrungenen Gebrauch des Wortes in der französischen Rechtssprache (s. folg. Anm.) besser zu vermeiden.

[5]) Französisch commanditaires. Entsprechende Ausdrücke in anderen Sprachen Renaud S. 90. Vgl. auch Zus. nach § 90.

[6]) Art. 150—172.

[7]) Art. 173—206 (jetzt 206a).

[8]) Renaud § 13. Anders von den neueren Gesetzgebungen das schweizer. Obl.recht Art. 676 f., welches die K.G. auf Aktien nicht der K.G., sondern der Aktiengesellschaft unterordnet. Sie heißt daher hier auch Kommanditaktiengesellschaft. Ueber den ähnlichen Standpunkt des englischen Rechts oben S. 442.

[9]) Oben S. 438 f.

Digitized by Google

III. Die Kommanditgesellschaft ist nach der dem H.G.B. zu Grunde liegenden Auffassung eine Modifikation der offenen Gesellschaft. Es kommen auf sie die Grundsätze von der offenen Gesellschaft zur Anwendung, insoweit nicht durch die beschränkte Betheiligung der Kommanditisten Abweichungen bedingt sind.[10]) Sie ist ebenso wenig wie die offene Gesellschaft eine juristische Person, sondern eine Vereinigung mehrerer Personen zum Handelsbetrieb unter gemeinsamer Firma.[11]) Auch bei ihr aber erschöpft sich die Vereinigung nicht in dem Vertragsverhältniß unter den Socien, sondern der Verein als solcher hat sowohl den Gesellschaftern wie Dritten gegenüber rechtliche Existenz.[12]) Die Komplementare haben sowohl nach Innen wie nach Außen die Stellung offener Gesellschafter.[13]) Prinzipale des Handelsgeschäfts und folglich Kaufleute im Sinne des H.G.B.'s sind nur die Komplementare, nicht die Kommanditisten.[14])

§ 87.

Errichtung. Erfordernisse. Eintragung.[1])

I. Die Kommanditgesellschaft beruht, wie alle Handelsgesellschaften,

---

[10]) Ausdrücklich ausgesprochen ist dies mit Bezug auf das Rechtsverhältniß der Gesellschafter untereinander, Art. 157. Die obige Auffassung macht sich aber auch sonst geltend, vgl. Art. 150², 163, 166, 169, 170, 172.

[11]) Oben § 62 S. 443 f., jetzt auch Laband Z 30. 469 f., der die Rechtspersönlichkeit der K.G. ebenso wie die der o. Hg. deswegen verneint, weil bei ihr eine persönliche Schuldenhaftung besteht. In unmittelbarem Gegensatz zu Laband steht das bei Seu. 39. 321 mitgetheilte Erk. des Reichsgerichts, in welchem der K.G., sobald sie nach Außen ins Leben getreten, insbesondere ins H.register eingetragen ist, die Eigenschaft eines selbständigen Rechtssubjekts zugeschrieben wird. Mit dem sonst vom R.O.H.G. wie vom Reichsgericht eingenommenen Standpunkt steht diese Auffassung kaum in Einklang. Schon hier mag übrigens bemerkt werden, daß die in dem geb. Erk. gezogenen theilweis sehr bedenklichen Schlüsse keineswegs nothwendige Ergebnisse derselben sind. Vgl. § 89²; 90 ¹⁰.

[12]) Oben S. 437. Gegen diese Charakteristik Laband a. a. O. S. 482, 519; oben S. 610 Anm. 4.

[13]) Art. 150¹: Sind mehrere persönlich haftende G.er vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die G. zugleich eine offene G. Ueber die Bedeutung dieser sehr inkorrekt gefaßten Bestimmung v. Hahn zu d. Art. § 5.

[14]) Oben S. 105; Wendt in Endem. Handb. I S. 440; Renaud S. 135 f., auch Laband Z 30. 525. Der Komplementar einer K.G. ist als solcher stets Vollkaufmann.

[1]) Brinckmann § 55; Treitschke § 10—12; Fischer-Ellinger § 100—102; Auerbach Gesellsch. S. 161; Handelsges. S. 148 f.; Thöl § 102; Endemann § 50; Gareis § 26; Wendt § 97; Renaud § 20—28.

Digitized by Google

auf einem Gesellschaftsvertrag.[1a]) Der Vertrag kann formlos geschlossen werden.[2]) Nicht undenkbar, wenngleich schwerlich praktisch vorkommend, ist die Errichtung einer Kommanditgesellschaft durch stillschweigende Willenserklärung.[3])

II. Der Gesellschaftsvertrag muß Bestimmung treffen über:

1. die Person der Gesellschafter und ihre Stellung als Komplementare oder als Kommanditisten. Es muß mindestens ein Komplementar und mindestens ein Kommanditist vorhanden sein.[3a]) Gesellschafter, hinsichtlich deren der Gesellschaftsvertrag keine Beschränkung der Betheiligung auf Vermögenseinlagen festsetzt, sind

---

[1a]) Oben S. 437. A. M. Laband Z 30. 506 ff. Nach demselben ist eine o. Hg. oder eine K.G. im Sinn des H.G.B.'s möglich, auch wenn es an einem Societätsverhältniß unter den Theilnehmern gänzlich fehlt. Das Verhältniß unter den Theilnehmern könne z. B. ein verzinsliches Darlehn oder Dienstmiethe oder familiengüterrechtlicher Natur sein; durch den Eintritt als o. G.er oder als Kommanditist könne eine Bürgschaft für die Firmenschulden übernommen werden. Diese Ansicht schreibt der äußeren Erscheinung eine übermäßige Bedeutung zu. Richtig ist, daß bei der o. G. wie bei der K.G. das innere Verhältniß dem äußeren nicht kongruent zu sein braucht. Für die Ordnung des ersteren gewährt der dehnbare Begriff der Gesellschaft dem Belieben der Betheiligten einen weiten Spielraum. So dehnbar aber dieser Begriff auch ist, so hat er doch gewisse Grenzen. Es muß ein gemeinschaftlicher Erwerb beabsichtigt sein, zu welchem sämmtliche Theilnehmer beizutragen haben. Wo diese Begriffsbestimmung nicht zutrifft, ist eben so wenig eine Hg. wie überhaupt eine G. denkbar. Aus der Auffassung Laband's würde sich als Grundlage der o. G. wie der K.G. ein abstrakter Vertrag ergeben, der lediglich auf die Regulirung der äußeren Haftung gerichtet ist. Einen solchen Vertrag kennt weder das Handelsrecht noch das bürgerliche Recht. Möglicherweise kann, ohne daß eine G. vorhanden ist, die Eintragung einer o. Hg. oder einer K.G. in das H.register stattfinden oder sonst der äußere Schein einer solchen Vereinigung angenommen werden. Die Folge hiervon ist, daß die G. nach Außen ins Leben tritt oder m. a. W., daß diejenigen, die sich als o. G.er, Komplementare oder Kommanditisten ausgegeben haben, bei ihrer Erklärung behaftet werden, mithin im Verhältniß zu Dritten die vorgebliche Eigenschaft gegen sich gelten lassen müssen, obwohl dieselbe in Wahrheit nicht begründet ist; oben § 71[2]. Allein das ist doch nicht blos theoretisch, sondern auch in seinen praktischen Folgen ein wesentlich anderer Standpunkt als der von Laband eingenommene. — An einem G.vertrag fehlt es insbesondere im Fall des commis interéssé (oben S. 319), der weder K.ist noch stiller G.er ist.

[2]) Art. 150[3], oben § 64 zu Anm. 1. Ueber die Frage, ob die Errichtung einer K.G. ein Handelsgeschäft ist, oben S. 133, 135, 467[4]; Renaud S. 141; Laband Z 30. 525.

[3]) A. M. Renaud S. 143; Laband a. a. O.

[3a]) Bu. 28. 28.

Komplementare.[4]) Sowohl physische wie juristische Personen, auch Handelsgesellschaften können als Komplementare wie als Kommanditisten an einer Kommanditgesellschaft betheiligt sein.[5]) Die zur Begründung der Kaufmannseigenschaft gehörigen Voraussetzungen brauchen nur in der Person der Komplementare erfüllt zu sein; seitens der Kommanditisten genügt die Fähigkeit zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages.[6])

2. Gegenstand, Firma und Sitz der Gesellschaft. Die Gesellschaft muß auf den gewerbmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften in einem über den Kleinbetrieb hinausgehenden Umfang gerichtet sein.[7]) Der Betrieb muß als ein gemeinsamer beabsichtigt sein und sich äußerlich als ein solcher durch die Annahme einer gemeinsamen Firma zu er-

---

[4]) Dies ergiebt sich aus der negativen Fassung am Schluß von Art. 150[1]. Man kann danach sagen: ähnlich wie die o. Hg. als die Handelsgesellschaft schlechthin, erscheint innerhalb der K.G. der Komplementar als der G.er schlechthin.

[5]) Oben § 64 Anm. 7; 8. Komplementar einer K.G. kann nur eine o. Hg., dagegen weder eine K.G. noch eine Aktiengesellschaft oder eine eingetragene Genossenschaft sein (a. M. außer den oben Angeführten jetzt auch v. Völdernborff Komm. z. H.G.B. Supplem. S. 23). Wohl aber können sich alle diese Vereinigungen als Kommanditisten bei der K.G. betheiligen. — Zu unterscheiden von dem Fall, in welchem eine o. Hg. als solche Komplementarin einer K.G. wird, ist das beim Vorhandensein mehrerer Komplementare unter diesen sich ergebende Gesellschaftsverhältniß, Art. 150[2], oben § 86 Anm. 13.

[6]) Dies gilt gegenwärtig insbesondere für die als Kommanditistin sich betheiligende Ehefrau. Ihre Befugniß hierzu bestimmt sich nicht nach Art. 7 H.G.B., sondern nach dem für die Vertragsfähigkeit der Ehefrauen maßgebenden bürgerlichen Recht. — Betheiligung Adliger als K.isten im älteren Recht, Lyon no. 342.

[7]) Ueber die Frage, ob eine K.G. auch zu anderen Zwecken als zum Betrieb eines H.gewerbes errichtet werden kann, oben S. 454 f. Die Bejahung bei Renaud S. 92 f. ist nicht ausreichend begründet; ebensowenig ist aber der Grund zutreffend, den Thöl § 116 gegen die Verwendbarkeit der K.G. außerhalb des H.R.'s geltend macht. Denn weder ist es richtig, daß das H.G.B. diese G.form erst geschaffen hat, noch würde hieraus folgen, daß dieselbe im bürgerlichen Recht keine Anwendung finden könne. Wie oben bemerkt, hängt die Entscheidung davon ab, ob sich auch nach Civilrecht eine Gesellschaft mit einer auf Einlagen beschränkten Haftung der Mitglieder konstruiren läßt. Das Reichsgericht hat dies neuerdings für das gemeine Recht für statthaft erklärt, R.civ. 12. 57 (229). Daß, wenn man dies annimmt, doch nicht alle Vorschriften des H.G.B.'s auf die analogen G.en des bürgerlichen Rechts unverändert anwendbar sind, ist ebenfalls schon oben bemerkt. Nach den vorstehenden Gesichtspunkten ist insbesondere auch zu bestimmen, ob eine Vereinigung zum Betrieb eines Kleingewerbes die Form der K.G. annehmen kann. Einf.gesetze, welche die Vorschriften des H.G.B.'s auf die G.en des bürgerlichen Rechts ausdehnen, § 61 Anm. 4. Vgl. v. Völdernd. S. 2 Anm. 2; Z 11. 113, auch Z 11. 572 (Dresdener Spar- und Kreditverein als K.G.).

Digitized by Google

kennen geben.[8]) Daß die Form der Firma den Vorschriften des H.G.B. entspreche[8a]), ist zwar an sich keine Bedingung für die Existenz der Kommanditgesellschaft, indeß haftet der Gesellschafter, dessen Name mit seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung in der Gesellschaftsfirma genannt ist, den Gesellschaftsgläubigern stets unbeschränkt.[9]).

3. die Vermögenseinlagen der Kommanditisten.[10]) Die Bestimmung hierüber ist insofern ein wesentlicher Bestandtheil des Gesellschaftsvertrages, als sie den Zweck hat, die Haftung der Komman-

---

[8]) Thöl § 102 betrachtet als das entscheidende Merkmal für das Vorhandensein der K.G. die Absicht, daß die Einlage des Kommanditisten „Miteigenthum der G.er und nicht Alleineigenthum des anderen G.ers" (besser: daß sie ein Bestandtheil des G.vermögens und nicht des Vermögens des Komplementars) werden soll. Damit ist indeß auf einen Umstand das Hauptgewicht gelegt, der erst in zweiter Linie in Betracht kommt. Noch weniger zu billigen ist es, wenn Thöl eine ausdrückliche positive oder negative Erklärung obigen Inhalts fordert, und in Ermangelung einer solchen immer eine stille G. annimmt. Darin würde liegen, daß das Gesetz gegen die K.G. zu Gunsten der stillen G. präsumirt, was nicht der Fall ist. — Keine K.G. liegt vor, wenn das Geschäft des Einzelkaufmannes von dessen Wittwe und Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft weiter geführt wird, R 23. 57 (166), oben S. 473[3].

[8a]) Oben S. 255.

[9]) Art. 168; vgl. hierzu S. 255. Ein solcher G.er ist mithin, so lange sein Name in der Firma genannt ist, kein Kommanditist, wenngleich er dem G.vertrag nach nur mit einer Einlage betheiligt sein soll. Ist kein anderer beschränkt haftender G.er vorhanden, so ist demnach die G. überhaupt keine K.G. Insofern, aber auch nur in dieser einen Beziehung, kann die Einhaltung der im H.G.B. vorgeschriebenen Form der Firma als eine Bedingung für die Existenz der K.G. betrachtet werden. A. M. Renaud S. 130, 133. — Abgesehen hiervon ist dem obigen Erforderniß genügt, sobald mit Zustimmung sämmtlicher G.er eine, wenngleich nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Bezeichnung des G.geschäfts angenommen ist. Mit Bezug auf die oben S. 255 Anm. 26 berührte Streitfrage mag hierbei noch bemerkt werden, daß die im Art. 168 ausgesprochene Folge der persönlichen Haftung des K.isten schon deswegen nur dann eintreten kann, wenn sein Name mit seiner (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Einwilligung in der G.firma enthalten ist, weil ohne diese Einwilligung überhaupt keine G.firma existirt; Laband Z. 30. 514.

[10]) Nächst der Haftung des K.isten im Verhältniß zu den G.gläubigern hat in der Lehre von der K.G. keine andere Frage zu so vielen Erörterungen geführt wie die, was Gegenstand der Einlage des K.isten sein könne. Einige wollen nur Geldeinlagen zulassen; Andere gestatten keine Einlagen, die nicht eine communicatio quoad dominium (vollständige Uebertragung des zu inferirenden Gegenstandes in das G.vermögen, oben S. 481[4]) enthalten; noch Andere halten zwar auch Gebrauchsüberlassungen für statthaft, nicht dagegen die bloße Uebernahme

Digitized by Google

ditisten nach Außen festzustellen und zu begrenzen.[11]) In der Regel deckt sich mit der äußeren Haftung die den Mitgesellschaftern gegenüber eingegangene Verpflichtung, indeß fällt Beides nicht nothwendig zusammen.[12]) Mit Rücksicht auf erstere muß die Betheiligung der Kommanditisten stets auf einen bestimmten Betrag, d. h. auf eine Geldsumme festgesetzt sein.[13]) Abreden, durch welche eine andere Art der Betheiligung vereinbart wird, sei es vermittelst der Einwerfung anderer Gegenstände oder bloßer Gebrauchsüberlassung oder der Gewährung von Dienstleistungen, sind mit Bezug auf das Verhältniß der Gesellschafter zu einander unbedingt statthaft; von den Gesell-

---

von Dienstleistungen seitens des Kommanditisten, während eine vierte Ansicht auch dies für zulässig erachtet. Vgl. hierüber u. A. v. Hahn zu Art. 150; v. Kräwel, Bu. 5. 95 ff.; Renaud S. 118 f.; Wendt S. 440; v. Völdernd. Supplem. S. 24. Die Fragestellung leidet an Unklarheit. Unzweifelhaft können die G.er unter einander beliebig über die Art paciſciren, in welcher die Betheiligung der einzelnen Mitglieder, auch der Kommanditisten stattfinden soll. Ebenso unzweifelhaft aber geht aus den in Anm. 13 anzuführenden Bestimmungen hervor, daß das H.G.B. eine Fixirung des Betrages der Einlage des Kommanditisten auf eine Geldsumme voraussetzt und bezw. fordert. Dies nimmt auch Renaud an, der sonst in Bezug auf die obige Frage sehr weitherzig ist. Das Erforderniß der Festsetzung eines bestimmten Geldbetrages kann aber den Gläubigern gegenüber nur die Bedeutung haben, daß der K.ist die Haftung bis zu dem angegebenen Betrage übernimmt. Er muß demnach auch dafür einstehen, daß der Werth seine Betheiligung, wenn sie in anderer Weise als durch Einwerfung eines Geldbetrages stattfindet, dem angegebenen Betrage entspreche. Vgl. auch unten § 89.

[11]) Im Gegensatz zu den Verabredungen über die Einlagen bei der o. Hg. wie über die etwaigen Einlagen des Komplementars, die lediglich das Verhältniß der G.er zu einander berühren.

[12]) Laband Z 30. 510. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die naturgemäße Uebereinstimmung des inneren und äußeren Verhältnisses dem Willen der Kontrahenten entspricht.

[13]) Vgl. z. B. Art. 151² Nr. 4, 161², 165². Unrichtig ist die Ansicht von Dernburg Preuß. Privatr. II § 215 Anm. 15, daß die Höhe der Haftung des Kommanditisten nicht von vornherein bestimmt zu sein brauche, sondern auch von künftigen Ereignissen abhängig gemacht werden könne. Eine K.G. liegt nur dann vor, wenn der K.ist mit Rücksicht auf seine Haftung nach Außen eine im obigen Sinn bestimmte Einlage leistet oder zusichert. Daß eine Erhöhung oder Erneuerung der Einlage von künftigen Ereignissen abhängig gemacht werde, ist statthaft; es muß aber jedenfalls bei Beginn der K.G. ein Betrag der Einlage festgesetzt sein. In dem von Dernburg unterstellten Fall: ein zunächst nicht kapitalbeitragender G.er wird in dem Sinn K.ist, daß er bis zur Höhe der ihm künftig zugeschriebenen Gewinnantheile oder einer Quote derselben haftet, kann höchstens eine bedingte Eingehung einer K.G. gefunden werden. Vgl. auch Renaud S. 120 f.

Digitized by Google

schaftsgläubigern brauchen derartige Leistungen nicht als Erfüllung der Einlagepflicht anerkannt zu werden, wenn und insoweit ihr Werth den festgesetzten Geldbetrag der Einlage nicht erreicht.[14])

III. Die Errichtung der Kommanditgesellschaft ist ebenso wie die der offenen Handelsgesellschaft eine der Eintragung in das Handelsregister bedürftige Thatsache.[15]) Die Anmeldepflicht liegt auch hier sämmtlichen Gesellschaftern ob; dagegen finden Ordnungsstrafen nur gegen die Komplementare statt.[16]) Anmeldung und Eintragung müssen die Komplementare und Kommanditisten nach Namen, Stand und Wohnort bezeichnen, den Betrag der Vermögenseinlage eines jeden Kommanditisten[17]) sowie Firma und Sitz der Gesellschaft angeben.[18]) Ebenso ist Anmeldung und Eintragung erforderlich, wenn Aenderungen in den vorgedachten Thatsachen eintreten. In den öffentlichen Blättern werden die Namen der Kommanditisten und der Betrag ihrer Vermögenseinlagen nicht publizirt.[19])

---

[14]) Ueber die Art, wie die Verpflichtung des K.isten in diesem Fall geltend zu machen ist, vgl. unten § 89 VI.

[15]) Die Existenz der K.G. ist nach dem H.G.B. ebensowenig wie die der o. G. von der Eintragung abhängig. Anders nach den Entwürfen: Renaud S. 150.

[16]) Vgl. zum Folgenden Art. 151—156. Ein direkter Zwang gegen die K.isten besteht nicht; ein indirekter Zwang ergiebt sich aus der Vorschrift des Art. 163[3], worüber unten § 89 VII, sowie aus der sonst bei befreienden Thatsachen eintretenden Folge der relativen Nichtigkeit. Gegen die K.isten, welche sich weigern, zu den gesetzlich erforderlichen Anmeldungen mitzuwirken, steht den übrigen G.ern auch die actio pro socio zu. Renaud S. 152.

[17]) Nur der die Haftung des K.isten nach Außen begrenzende Geldbetrag der Vermögenseinlage gehört in das H.register, nicht die nur für das innere Verhältniß maßgebenden Verabredungen über Art und Umfang seiner Betheiligung, oben Anm. 10.

[18]) Die Vorschriften über die Anmeldung und Eintragung stimmen im Allgemeinen mit denen für die o. Hg. überein. In Folge eines redaktionellen Versehens ist für die K.G. nicht, wie nach Art. 86[3] für die o. G., die Eintragung des Zeitpunktes, mit welchem die G. ihre Geschäfte begonnen hat, erforderlich; Renaud S. 145, 149. Auch eine dem Art. 86[4] entsprechende Bestimmung fehlt; gleichwohl wird, falls eine derartige Vereinbarung über die Vertretung der G. durch einen oder einige der persönlich haftenden G.er stattgefunden hat, dieselbe verlautbart und eingetragen werden müssen. Die Zeichnung der G.firma ist nur seitens der nicht von der Vertretung ausgeschlossenen G.er einzulegen. Anmeldung und Eintragung müssen bei jedem Gericht stattfinden, in dessen Bezirk die G. eine Zweigniederlassung hat.

[19]) Demnach ist auch beim Ein- und Austritt von Kommanditisten, sowie wenn die Einlage derselben erhöht oder herabgesetzt wird, Name und Betrag nicht bekannt zu machen. Renaud S. 197 f.

Digitized by Google

§ 88.

Inneres Verhältniß.[1])

Für das innere Verhältniß der Kommanditgesellschaft greift die Analogie der offenen Handelsgesellschaft am meisten durch.[2]) Vor Allem darin, daß in erster Linie der Gesellschaftsvertrag entscheidet und daß die Mehrzahl der gesetzlichen Bestimmungen ergänzender Natur ist.[3]) Aber auch inhaltlich kommen die für das innere Verhältniß der offenen Gesellschaft maßgebenden Vorschriften mit einzelnen Modifikationen auf die Kommanditgesellschaft zur Anwendung.

Insbesondere gilt dies

1. von der Betheiligung der Gesellschafter am Gesellschaftsfond. Daß die Einlage der Kommanditisten im Verhältniß der Gesellschafter zu einander anders normirt sein kann als nach Außen, ist bereits hervorgehoben.[4]) In Bezug auf die Illation, auf die Geltendmachung der Einlagepflicht sowie auf die Folgen der Säumniß sind die Bestimmungen über die offene Gesellschaft unverändert anwendbar.[5])

2. Bezüglich der Gesellschaftsgeschäfte gelten in Ermangelung besonderer Abrede die Komplementare als die geschäftsführenden, die Kommanditisten als die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter.[6]) Die Komplementare sind demnach befugt, alle zum gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte gehörigen Handlungen vorzunehmen.[7]) Beim Vorhandensein mehrerer Komplementare hat

---

[1]) **Brinckmann** § 56; **Treitschke** § 13 ff., besonders § 29b, 48; **Fischer-Ellinger** § 103—109; **Auerbach** Gesellsch. S 146 f.; Handelsges. S. 150 f.; **Endemann** § 52; **Thöl** § 103; **Gareis** § 26; **Wendt** § 101; **Renaud** § 30—50.

[2]) **Art.** 157; oben § 86 Anm. 10.

[3]) **Art.** 157: **Das Rechtsverhältniß der G.er unter einander richtet sich zunächst nach dem G.vertrage.** Dem G.vertrag stehen spätere unter den G.ern vereinbarte Abänderungen und Nachträge desselben gleich. Schranken der Vertragsfreiheit, Heranziehung des bürgerlichen Rechts bei Bestimmung der gegenseitigen Rechte und Pflichten **oben** S. 467; **Renaud** S. 214 f.

[4]) **Oben** § 86 Anm. 1a; § 87 Anm. 10.

[5]) **Oben** § 68; **Renaud** § 30—32. Hinsichtlich des inneren Verhältnisses besteht kein Unterschied zwischen der Einlagepflicht des Kommanditisten und des Komplementars. Befugniß der nicht zur Vertretung der G. befugten G.er, also auch der Kommanditisten zur Geltendmachung der Einlagepflicht, B u. 28. 373. Illation von Grundstücken in eine K.G. Z 22. 339. Anm. 1.

[6]) **Art.** 158; **Renaud** § 36 ff.; **Wendt** a. a. O. S. 449.

[7]) **Art.** 99 f., **oben** S. 490.

Digitized by Google

jeder derselben diese Befugniß selbständig, ebenso aber auch das den offenen Gesellschaftern zustehende Einspruchsrecht.[8] Die Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter, auch der Kommanditisten, ist erforderlich zu Handlungen, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegen oder dem Gesellschaftszweck fremd sind.[9] Zur Ernennung von Prokuristen bedarf es, sofern nicht Gefahr im Verzuge ist, der vorgängigen Zustimmung sämmtlicher Komplementare.[10]

Im Uebrigen sind die oben § 69 und 69a erörterten Grundsätze auf die Kommanditgesellschaft mit zwei Modifikationen anwendbar:

a) Dem Kommanditisten steht nicht die ausgedehnte Kontrolbefugniß des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen offenen Gesellschafters zu. Er hat in der Regel nur Anspruch auf die Mittheilung der Jahresbilanz und auf eine beschränkte Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft, insoweit die Kenntnißnahme derselben erforderlich ist, um die Richtigkeit der Bilanz zu prüfen. Aus wichtigen Gründen können auf Antrag eines Kommanditisten weitere Aufklärungen durch den Richter angeordnet, insbesondere kann jederzeit die Anfertigung einer Bilanz und die Vorlegung der Bücher verfügt werden.[11]

b) Das Konkurrenzverbot erstreckt sich nur auf die Komplementare.[12]

3. Die Grundsätze über die Verzinsung der Einlagen wie über Feststellung und Vertheilung von Gewinn und Verlust des Gesell-

---

[8]) Art. 100 Abs. 2, Art. 102, oben S. 490.

[9]) Art. 103, oben S. 491. Bestimmungen über die Vertheilung des Geschäftsgewinnes, Bewilligungen von Honoraren oder Tantiemen an die geschäftsführenden Gesellschafter liegen nicht innerhalb der Befugniß zur Geschäftsführung. Wird die Vergütung einem früheren, der G. nicht mehr angehörigen Mitglied gewährt oder versprochen, so entscheiden in Bezug auf die Gültigkeit eines derartigen Uebereinkommens, auch wenn dasselbe eine Ueberschreitung der Befugniß zur Geschäftsführung enthält, die Grundsätze von der Vertretungsbefugniß, Z 11. 572; Bu. 9. 144.

[10]) Art. 104. Die Aufhebung der Prokura kann von jedem einzelnen Komplementar erfolgen. Oben S. 491 f.

[11]) Art. 160 vgl. mit Art. 105 f., oben S. 495 ff.; Renaud § 48; Wendt S. 449 f.

[12]) Art. 159 vgl. mit Art. 96 f.; Renaud § 50; Wendt S. 451. Die Annahme des letztgenannten Schriftstellers, daß der Kommanditist, dem durch den G.vertrag Theilnahme an der Geschäftsführung gewährt ist, auch dem Konkurrenzverbot unterworfen sei, ist zwar keine gesetzliche Regel, wird aber in den meisten Fällen der Absicht der Parteien entsprechen; vgl. Thöl § 103 Anm. 16.

Digitized by Google

schaftsgeschäfts[13]) erleiden in Anwendung auf die Kommanditgesellschaft folgende Aenderungen:

a) Die Vertheilung von Gewinn und Verlust geschieht in Ermangelung einer Vereinbarung nicht nach Kopftheilen, sondern die Antheile sind mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles durch richterliches Ermessen festzusetzen.[14])

b) In der Regel ist die Theilnahme der Kommanditisten am Verlust auch den Gesellschaftern gegenüber auf den Betrag ihrer Einlagen beschränkt.[15]) In diesem regelmäßigen Fall ist ihnen mithin ein weitergehender Verlustantheil nicht zur Last zu schreiben[16]) und ihr Kapitalkonto kann, falls sie nicht aus anderen Gründen Schuldner der Gesellschaft sind, höchstens einen bis zum Betrag der rückständigen Einlage reichenden Passivsaldo ergeben.[17])

c) Der Kommanditist braucht die Zinsen und den Gewinn, welche

---

[13]) Art. 106—108, oben § 70. Klage auf Auszahlung des Gewinnantheils. R 19. 120 (416).

[14]) Röthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, Art. 162 vgl. Art. 109. Der Richter ist hierbei nicht an Parteianträge gebunden; Anschütz und v. Völderndorff zu Art. 162. Daselbst auch über die für das richterliche Ermessen bestimmenden Gesichtspunkte. Vgl. auch Renaud § 46. Sind im G.vertrag nur die Gewinnantheile, nicht aber die Verlustantheile festgesetzt, so wird es regelmäßig in der Absicht der Parteien liegen, die letzteren in gleicher Höhe zu bemessen wie die ersteren. Indeß ist auch dies nur eine faktische Regel, kein Rechtssatz, wie v. Völdernd. S. 58 und Renaud S. 316 zu meinen scheinen.

[15]) Art. 161²: Jedoch nimmt ein Kommanditist an dem Verlust nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Antheil. Die Ausstellung Thöl's (§ 104 zu Anm. 2) gegen die Fassung dieser Bestimmung ist grundlos. Den Höchstbetrag des dem Kommanditisten zur Last zu schreibenden Verlustes bildet nicht der „wirkliche Werth", sondern der von den G.ern angenommene Geldwerth der Einlage, oben § 87 Anm. 10. Dies ist der Betrag der Einlage, den das Gesetz im Auge hat. Wenn die Einlage geleistet ist, so muß dieselbe bei ordnungsmäßiger Buchführung selbstverständlich auch zu Buche stehen. Ist die Einlage dem G.vertrage entsprechend inferirt, so ist der Kommanditist wie den Gläubigern, so regelmäßig auch den übrigen G.ern gegenüber von weiteren Leistungen für die Gesellschaftszwecke befreit, haftet also auch im Verhältniß zu den Mitgesellschaftern in der Regel nur mit der Einlage. Vgl. unten zu Anm. 17.

[16]) Abgesehen von besonderen Vereinbarungen tritt eine Abweichung von der Regel stets ein, wenn der Antheil des Kommanditisten am G.kapital dadurch, daß er die ihm zukommenden Zinsen und Gewinnantheile im G.fonds belassen hat, über den Betrag der Einlage erhöht worden ist, Art. 106—108, oben § 70 S. 500 f.

[17]) A. M. v. Hahn zu Art. 161 Anm. 9; vgl. dagegen Renaud S. 323; v. Völderndorff zu d. Art. Anm. 18.

Digitized by Google

er aus dem Gesellschaftsfond bezogen hat, im Fall späterer Geschäftsverluste und einer dadurch herbeigeführten Minderung seiner Einlage, nicht zurückzugeben.[18]) Dagegen soll, wenn die Einlage durch Verluste vermindert oder absorbirt ist, der Gewinn späterer Jahre zunächst zu ihrer Wiederergänzung verwendet werden. Der Kommanditist kann daher in diesem Fall, so lange die Einlage ihre ursprüngliche Höhe nicht wieder erreicht hat, den auf ihn fallenden Gewinn ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht aus der Gesellschaftskasse entnehmen. Nicht dasselbe gilt von den ihm gutgeschriebenen Zinsen.[19])

[18]) Art. 161[3]. Die jährlichen Rechnungsabschlüsse gelten demnach, ebenso wie bei der o. Hg. als Definitivum, sofern nicht der G.vertrag anders bestimmt oder im einzelnen Fall ein besonderer Vorbehalt gemacht ist, v. Völderndorff S. 55 Anm. 14. Die Rückforderung wird durch Art. 161[3] aber nur für den Fall eines rechtmäßigen Bezuges ausgeschlossen. Ein solcher liegt nicht blos dann vor, wenn die erhobenen Zinsen und Gewinnantheile dem Kommanditisten nach der materiellen Geschäftslage zukommen, sondern auch, wenn die Voraussetzungen des Art. 165[6] zutreffen, d. h. wenn der Kommanditist die Zinsen und den Gewinn auf Grund einer im guten Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezogen hat. Einen weitergehenden Schutz will das Gesetz dem Kommanditisten den Mitgesellschaftern gegenüber nicht gewähren und es ist auch kein Bedürfniß hierzu vorhanden. Die Bemerkung v. Hahn's, es komme nichts darauf an, ob das Erhaltene in der That der dem Kommanditisten gebührende Gewinnantheil oder der ihm zukommende Zinsenbetrag war, wenn es nur von den Gesellschaftern unter diesem Titel gegeben und gewonnen worden sei, dürfte auf einem Mißverständniß beruhen. Sind sämmtliche G.er einverstanden, daß der K.ist eine gewisse Summe als Zinsen und Gewinn beziehen solle, so ist ein derartiges Abkommen, sofern dasselbe nicht aus besonderen Gründen, z. B. wegen Irrthums, anfechtbar ist, zwar ohne Rücksicht auf die wirkliche Geschäftslage aufrecht zu erhalten, aber nicht auf Grund von Art. 161[3], sondern weil unter Zustimmung sämmtlicher G.er über die Substanz des G.vermögens beliebig verfügt werden kann. Nicht zu billigen ist dagegen die Ansicht v. Hahn's, daß es auf den guten Glauben des K.isten auch dann nicht ankomme, wenn die Auszahlung einseitig von einem persönlich haftenden G.er bewirkt worden sei. Unrichtig auch v. Völderndorff a. a. O. Anm. 13. Ueber das Verhältniß des Art. 161 zum Art. 165 überhaupt s. unten § 89 IV.

[19]) Oben S. 500 f. Nach dem Wortlaut des Gesetzes tritt die Verwendung des Gewinnes zur Deckung des Verlustes nur im Fall einer Verminderung der Einlage ein. Das Gleiche ist unzweifelhaft anzunehmen, wenn die Einlage durch Geschäftsverluste ganz aufgezehrt ist. Eine Deckung des Verlustes hat aber nur insoweit stattzufinden, als derselbe vom K.isten überhaupt zu tragen ist, daher nicht des über den Betrag der Einlage hinausgehenden, bezw. des nach völliger Absorbirung der Einlagen eingetretenen Geschäftsverlustes, oben zu Anm. 17. Steht ein Rückforderungsrecht zu, wenn der Gewinn dem K.isten ausgezahlt worden ist, statt zur Deckung des Verlustes verwendet zu werden? Wendt S. 439 verneint: die condictio indebiti müsse daran scheitern, daß dem K.isten

Digitized by Google

In Bezug auf die Antheile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen wie auf die Gebundenheit des letzteren gelten für die Kommanditgesellschaft dieselben Grundsätze wie für die offene Handelsgesellschaft.[20])

§ 89.

Aeußeres Verhältniß.[1])

I. Die Kommanditgesellschaft tritt gleich der offenen Handelsgesellschaft nach Außen spätestens mit der Eintragung in das Handelsregister, im Fall eines früheren Geschäftsbeginns schon mit diesem früheren Zeitpunkt ins Leben.[2]) Ein der Eintragung voraufgehender

---

der Gewinn in Wirklichkeit geschuldet war und daß ihm nur ein Recht auf Erhebung desselben nicht zustand. Zustimmend v. Völderndorff a. a. O. Die Frage ist indeß nicht oder doch nicht in erster Linie nach den Grundsätzen von der condictio indebiti zu entscheiden. Auszugehen ist davon, daß die G.er in den beregten Fällen ein Recht darauf haben, den Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet zu sehen. Dies Recht kann durch ungerechtfertigte Auszahlung des Gewinns an den K.isten nicht beseitigt werden, vielmehr ergiebt sich alsdann ein Anspruch auf Rückerstattung zum G.fonds, der sowohl namens der G. wie von den einzelnen G.ern als Individualrecht (oben § 66 Zus. I), geltend gemacht werden kann. Nur seitens derjenigen G.er, welche die Auszahlung bewirkt oder ihr zugestimmt haben, ist ein solcher Anspruch für ausgeschlossen zu erachten; hierbei dürfte der von Wendt aus der Condictionenlehre geltend gemachte Rechtssatz insoweit in Betracht kommen, als ihnen die Rückforderung selbst im Fall einer irrthümlichen Auszahlung zu versagen ist. Gänzlich geschützt gegen Refundirungsansprüche seitens der G.er ist aber der K.ist auch hier nur, wenn entweder die Zahlung auf Grund eines Einverständnisses sämmtlicher G.er erfolgt ist oder wenn ihm Art. 165[6] zur Seite steht.

[20]) Oben § 66. S. 470 f. Vergl. auch das Erk. des Reichsgerichts bei Gruchot Bd. 28 S. 249.

[1]) Brinckmann § 57; Treitschke § 62[b]; Fischer-Ellinger § 100, 111; Auerbach Gesellsch. S. 127 ff., 161 f.; Handelsges. S. 154 f.; Endemann § 51; Thöl § 108; Gareis S. 131 f.; Wendt § 103–105; Renaud § 51—62; Ehrenberg beschränkte Haftung § 52—64.

[2]) Art. 163[1,2] verglichen mit Art. 110[1,2]; oben § 71; Z 11. 514; Seu. 39. 321. Von Art. 110 weicht Art. 163 darin ab, daß hier die Eintragung ausdrücklich bei dem Gericht, in dessen Bezirk die G. ihren Sitz hat, gefordert, bez. für maßgebend erklärt wird. Dies ist jedoch nur eine Fassungsverschiedenheit ohne materielle Bedeutung. Auch Art. 110 setzt die Eintragung bei dem für den G.sitz zuständigen Gericht voraus und ebenso gilt auch für die o. Hg. der in dem Prot. 4657 f. für die K.G. besonders hervorgehobene Grundsatz, daß die Eintragung bei diesem Gericht für den Existenzbeginn der G. allgemein entscheidend ist, auch hinsichtlich der Zweigniederlassungen; v. Hahn zu Art. 110 § 2; Puchelt zu Art. 163 Anm. 3; v. Völdernd. S. 63. Wie § 87 Anm. 17 bemerkt, findet bei

Digitized by Google

Geschäftsbeginn liegt wie bei der offenen Handelsgesellschaft vor, wenn auf Grund der übereinstimmenden Absicht der Gesellschafter, die Gesellschaft in's Leben treten zu lassen, mindestens ein dem Gewerbebetrieb derselben angehöriges Geschäft abgeschlossen[3]) oder wenn die Absicht des Geschäftsbeginnes von sämmtlichen Gesellschaftern oder doch mit ihrer Zustimmung durch allgemeine an das Publikum gerichtete Erklärungen kundgegeben ist.[4])

II. Die Komplementäre sind die zur Vertretung der Kommanditgesellschaft befugten Gesellschafter.[5]) Sie haben in Bezug auf den

---

der K.G. die Eintragung des etwaigen früheren Zeitpunktes, mit welchem die G. begonnen hat, nicht statt, daher ist hier zu einer Anwendung des Satzes, daß die G. diesen Zeitpunkt gegen sich gelten lassen müsse, oben S. 505, regelmäßig keine Veranlassung vorhanden. Sonst sind die obigen Ausführungen sämmtlich auch auf die K.G. anwendbar. Gegenüber der Entsch. des Reichsgerichts bei Seu. 39. 321 ist hervorzuheben, daß Art. 163 ebenso wie Art. 110 den Beginn der G. lediglich nach Außen festsetzt. Daher kann im Fall einer rechtsgültigen Eintragung die Ungültigkeit des G.vertrages zwar Dritten nicht entgegengesetzt werden (oben § 71 Anm. 2); dagegen läßt sich weder aus Art. 163 noch aus Art. 110 herleiten, daß, wie in den Gründen des geb. Erkenntn. angenommen wird, ein derartiger Einwand auch dann abgeschnitten sei, wenn die G., bezw. der Komplementar auf Leistung der Einlage gegen die Kommanditisten klagt. Die Entsch. selbst ist richtig, da der Konkursverwalter im Verhältniß zu den G.ern die Stellung eines Dritten hat, § 90[10].

[3]) Es ist zu betonen, daß die G. vor der Eintragung durch thatsächlichen Geschäftsbeginn nur mit Zustimmung sämmtlicher G.er ins Leben treten kann. Es bedarf daher nicht, um sich gegen die Folgen des Beginnes zu verwahren (unten zu Anm. 39) der Abmachung, daß die G. erst mit dem Tage der Eintragung ihren Anfang nehmen (Anschütz) oder daß der Geschäftsbetrieb unter gemeinschaftlicher Firma nicht früher beginnen dürfe (v. Hahn). Eine solche Abrede ist entweder überflüssig oder wenn dennoch ein Geschäftsbeginn im Sinne des Art. 163 stattgefunden hat, bedeutungslos. Vgl. auch oben § 71 zu Anm. 5—7, § 61. Anm. 3, R 23. 57 (166).

[4]) Oben S. 506. Die Bemerkung ebendas. Anm. 7, daß Rechte und Verbindlichkeiten der G. zwar regelmäßig erst die Folge von namens der G. abgeschlossenen Rechtsgeschäften seien, daß dies jedoch nicht unter allen Umständen zutreffe, ist neuerdings von Laband Z 30. 527[11] mit Unrecht angefochten worden. Die actio negotiorum gestorum contraria ist nicht, wie Laband meint, von der Ratihabition des Geschäftsherrn abhängig, und überdies ist dies nicht der einzige Fall, auf welchen ich a. a. O. hingewiesen habe.

[5]) Art. 167[1],[2] vergl. mit Art. 114, 117. Renaud § 52—56; Wendt S. 455 f. Der Komplementar und beim Vorhandensein mehrerer Komplementare jeder einzelne ist der „geborene" Vertreter der Kommanditgesellschaft in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften derselben. Eidesleistung R 15. 2 (6). Dolus des Komplementars Bu. 36. 181 f.

Digitized by Google

Umfang und die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß ganz die Stellung von offenen Gesellschaftern.[6]) Die Kommanditisten haben als solche keine Vertretungsbefugniß, können aber zu Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft bestellt werden.[7])

III. Die Gesellschaftsschulden können gegen die Kommanditgesellschaft und die Komplementare in derselben Weise geltend gemacht werden, wie gegen die offene Gesellschaft und deren Mitglieder.[8]) Bezüglich der Kommanditisten treten die aus der beschränkten Haftung sich ergebenden Modifikationen ein. Dieselben haften nach dem Wortlaut des Gesetzes „für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur mit der Einlage und soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage."[9]) Darin liegt, daß die Kommanditisten von den Gesellschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden können, wenn die Einlage zum Gesellschaftsfond geleistet ist, daß dagegen ein solcher Anspruch besteht, wenn und insoweit dies nicht der Fall ist. Hierzu ist zu bemerken: a) Unter der Einlage ist der Geldbetrag zu verstehen, mit welchem der Kommanditist nach dem Gesellschaftsvertrag für die Gesellschaftsschulden haftet.[10]) Dieser Betrag kann, wie früher

---

[6]) Art. 114—118. Zulässig ist demnach die gänzliche Ausschließung der Vertretungsbefugniß, sowie beim Vorhandensein mehrerer Komplementare, die Anordnung einer Kollektivvertretung. Dagegen sind Beschränkungen der Vertretungsbefugniß Dritten gegenüber unwirksam. Die Ausschließung von der Vertretung ist auch möglich, wenn nur ein Komplementar vorhanden ist. Ebenso kann sämmtlichen Komplementaren die Vertretungsbefugniß entzogen sein. Vgl. im Uebrigen oben § 72.

[7]) Art. 167[3], unten zu Anm. 40, auch Zus. nach § 90. Zu Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten können auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Komplementare bestellt werden. Hält man die Anordnung einer Kollektivvertretung in der Weise für zulässig, daß ein G.er gemeinschaftlich mit einem Prokuristen zur Vertretung der G. befugt sein soll, oben S. 369[34], 509[12], so ist es auch möglich, daß die Vertretung der K.G. einem Komplementar in Gemeinschaft mit einem (zum Prokuristen ernannten) Kommanditisten übertragen wird.

[8]) R. 24. 48 (166); oben § 73 S. 516 ff.

[9]) Art. 165[1]. Zur Entstehungsgeschichte Renaud S. 405 f. Vgl. über die Haftung des Kommanditisten überhaupt die Literaturangaben bei Renaud S. 409[12], Wendt § 104, v. Völdernborff zu Art. 165 sowie die folg. Anmerkungen, auch Zus. nach § 90.

[10]) Die nicht sehr glückliche Fassung des Art. 165[1] ist öfters bemängelt worden, v. Hahn, Ehrenberg, Renaud, Wendt a. a. O. Es entspricht indeß nicht dem Sinn des Gesetzes, wenn v. Hahn (zu dem Art. § 4) die Einlage im ersten Theil des Art. 165[1] als gleichbedeutend mit dem „Gesellschaftsantheil, d. h. dem Antheil am jeweiligen Gesellschaftsfond" erklärt. Die Haftung des Kommanditisten mit der zum G.fond eingezahlten Einlage wird zwar, wie im Text ausgeführt ist,

Digitized by Google

hervorgehoben, von der Betheiligung, zu welcher sich der Kommanditist seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet hat, verschieden sein.[11]) Gleich der ursprünglichen Einlage haftet den Gläubigern auch eine spätere von den Gesellschaftern vereinbarte Erhöhung derselben, falls die Erhöhung in der Richtung nach Außen, d. h. um die Haftung des Kommanditisten den Gläubigern gegenüber zu verstärken, stattgefunden hat.[12]) In vorgedachtem Umfang tritt die Haftung auch ein, wenn der Betrag der Einlage oder ihrer Erhöhung nicht in das Handelsregister eingetragen ist.[13]) — b) Als eingezahlt

geltend gemacht, indem die Gläubiger sich an das G.vermögen halten, und es ist richtig, daß, wenn dies geschieht, der gesammte derzeitige G.antheil des Kommanditisten dem Zugriff der Gläubiger unterliegt. Indeß besteht hierin nicht das Wesen der Haftung mit der Einlage, denn sonst würden auch die Komplementare und die Mitglieder der o. G. für die Verbindlichkeiten der G. mit ihrer Einlage haften, da bei einer Inanspruchnahme des G.vermögens ihr Antheil an demselben in gleicher Weise wie der des Kommanditisten betroffen wird. Die Bestimmung: „Der Kommanditist haftet nur mit der Einlage", hat vielmehr einerseits den im Text dargelegten negativen Sinn, andererseits enthält sie implicite den in den folgenden Absätzen des Art. 165 weiter ausgeführten Grundsatz, daß der K.ist die eingezahlte Einlage nicht wieder aus dem G.fond herausziehen darf. Wäre die Auslegung v. Hahn's zutreffend, so müßte diese Vinkulirung in Bezug auf den ganzen G.antheil des Kommanditisten stattfinden. Dies ist indeß, wie v. Hahn selbst annimmt, nicht der Fall; es besteht keine Gebundenheit in Betreff der durch Zinsen und Gewinn bewirkten Erhöhung der Einlage, obwohl auch hierdurch der G.antheil des K.isten unzweifelhaft vermehrt wird. — Aehnliche Bedenken dürften gegen die Auffassung Ehrenberg's sprechen. Ohne auf sein scharfsinnig begründetes und durchgeführtes System der beschränkten Haftung näher einzugehen, mag hier nur bemerkt werden, daß, was von ihm die unpersönliche Haftung des Kommanditisten oder Haftung mit dem Sondergut genannt wird, seinen eigenen Ausführungen zufolge nichts anderes ist, als die mittelbar den Kommanditisten treffende Haftung der Gesellschaft mit dem G.vermögen.

[11]) Oben § 87 S. 627; § 88 S. 629.

[12]) Renaud S. 416 f., R 25. 28 (114). Die Absicht, die Haftung auch nach Außen zu verstärken, ist im Zweifel anzunehmen. Verzugszinsen und Konventionalstrafen bewirken keine Erweiterung der Einlage im Verhältniß zu den Gläubigern, Ehrenberg S. 379.

[13]) Im Fall einer Differenz zwischen dem im G.vertrag festgesetzten und dem in das H.register eingetragenen Betrage soll nach v. Hahn zu Art. 165 § 11 (3. Aufl., z. Th. anders in den früheren Aufl.) stets der höhere Betrag entscheiden. Dies ist, vorausgesetzt, daß die Eintragung dem Willen der Betheiligten entspricht, richtig, falls der höhere, dagegen sehr bedenklich, falls der niedrigere Betrag eingetragen ist. Denn man wird auch in diesem letzteren Fall davon ausgehen müssen, daß die der Eintragung zu Grunde liegende Anmeldung den definitiven Willen der Gesellschafter zum Ausdruck gebracht hat.

Digitized by Google

gilt die Einlage nicht blos im Fall baarer Illation, sondern auch wenn der Einlagepflicht in anderer Weise genügt ist.[14]) Immer aber ist effektive Einbringung eines entsprechenden Werthes erforderlich.[15]) Insoweit eine solche nicht stattgefunden hat, ist die Einlage im Verhältniß zu den Gesellschaftsgläubigern als nicht eingezahlt zu betrachten; für diese sind daher auch die von den Gesellschaftern festgesetzten Illationspreise nicht unbedingt maßgebend; die Gläubiger brauchen übermäßige Werthansätze nicht gelten zu lassen, gleichviel ob die Schätzung bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten war oder erst bei der Einbringung vereinbart worden ist.[16]) — c) Die Haftung des Kommanditisten mit der Einlage kann nicht unmittelbar gegen diesen, sondern nur durch Erhebung des Anspruchs gegen die Kommanditgesellschaft geltend gemacht werden; sie trifft den Kommanditisten nur mittelbar durch den Zugriff der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen.[17])

---

[14]) Nach E I 149 sollte der K.ist mit dem versprochenen Betrag der Einlage haften, „wenn dieselbe nicht baar eingezahlt ist". Das Wort baar ist indeß in zweiter Les. gestrichen worden; Prot. 1100; Renaud S. 417 Anm. 7.

[15]) Uebereinstimmend Wiener Z 25. 29. Auch die französ. Jurisprudenz fordert ein versement effectif. Vgl. außer der bei Wiener angeführten Stelle von Pard. noch Bédarr. sociétés II no. 215 ss. und besonders den no. 219 das., sowie faillites II no. 372 (p. 505 s.) mitgetheilten Rechtsfall. Die Uebertragung werthloser Forderungen an die G. wurde, obwohl sie dem bei Errichtung der G. getroffenen Abkommen entsprach, doch den Gläubigern der K.G. gegenüber nicht für eine ausreichende Einlage erachtet, weil: le transport opéré par le commanditaire n'a pu équivaloir au versement effectif des fonds auquel il était tenu vis-à-vis des créanciers par l'acte de société.

[16]) Vgl. im Allgemeinen v. Hahn zu Art. 165 § 2 ff.; Renaud S. 410 f.; Ehrenberg S. 341 ff. In dem Prozeß gegen die G. können sowohl die Komplementare wie die K.isten als Nebenintervenienten auftreten. Die Klage gegen die G. kann mit der gegen den Komplementar und falls eine persönliche Haftung des K.isten begründet ist, auch mit der Klage gegen letzteren verbunden werden, oben § 74 a. E.; R 2. 39 (168). S. auch Zusatz nach § 90.

[17]) Die Stellung des K.isten zu den G.gläubigern greift tiefer als irgend eine andere Frage in das Wesen der K.G. ein. Im Gegensatz zu der im Text vertretenen steht die Ansicht, welche den Gläubigern auch in Betreff der versprochenen Einlage nur einen Anspruch gegen die G. oder doch erst ex jure cesso gegen den K.isten, sei es auf Zahlung, sei es auf Einbringung der rückständigen Einlage zum G.fond gewährt. Andere betrachten die Haftung des K.isten als eine blos subsidiäre („Deckungspflicht"? Goldschmidt Z 27. 113) und verlangen demgemäß Zahlungsunfähigkeit der G. oder doch eine vorgängig an dieselbe gerichtete vergebliche Zahlungsaufforderung. Eine dritte Gruppe fordert vorgängige oder gleichzeitige gerichtliche Feststellung des Anspruches gegen die G. Mehrfach wird

Digitized by Google

Dagegen ist in Höhe der versprochenen, aber nicht eingezahlten Einlage ein unmittelbarer Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen den Kommanditisten begründet, der sowohl während des Bestehens wie nach Auflösung der Gesellschaft[18]) von jedem Gläubiger bis zum Belauf seiner Forderung geltend gemacht werden kann.[19]) Abgesehen

---

ferner zwischen der Geltendmachung des Anspruches nach Auflösung und während des Bestehens der G. unterschieden und jene unter leichteren Voraussetzungen zugelassen als die letztere. Vgl. über die verschiedenen Ansichten außer den Kommentaren von v. Hahn, Puchelt, v. Völdernndorff neuerdings besonders Wiener Z 24. 14, 461 ff.; Ehrenberg S. 353 ff.; Renaud S. 405 f.; Wendt S. 457 ff. Ueber die theilweise ähnlichen Meinungsverschiedenheiten in Betreff der o. G. oben S. 517 f. Bei den Genannten auch weitere Literaturangaben; aus der franz. Literatur ist den das. angeführten Schriftstellern noch die ausführliche Erörterung von Bédarride faillites II no. 372 hinzuzufügen. Die Diskussion der Frage auf der N. C. (vgl. hierüber Renaud a. a. O.) hat zu keinem Ergebniß geführt; es ist daher nicht möglich, die entscheidenden Gründe aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß das Prinzip der Handelsgesellschaften: die Loslösung der äußeren Haftung von dem Verhältniß der G.er zu einander, zu dem im Text eingenommenen Standpunkt hinführt. An einzelnen Konsequenzen hat dies v. Hahn § 14 treffend dargethan. Die obige Ansicht darf gegenwärtig auch trotz des Protestes von Wendt als die herrschende betrachtet werden. Namentlich haben sich das R.O.H.G. und das Reichsgericht zu ihr bekannt, R 19. 103 (349); R.civ. 1. 33 (69). Beide Erkenntnisse betreffen zwar Fälle, in denen der Anspruch gegen den K.isten nach Auflösung der G. geltend gemacht wurde und es würde daraus, daß für dieses Stadium ein direkter Anspruch zugelassen wird, an sich noch nicht folgen, daß das Gleiche auch während des Bestehens der G. anzunehmen sei. Indeß greift, besonders in der zweiten Entsch. die Begründung über diesen speziellen Fall hinaus. Nicht unverträglich mit dem direkten Klagerecht der G.gläubiger ist, daß dieselben auch den dem Komplementar oder der G. zustehenden Anspruch gegen den K.isten auf Grund einer Ueberweisung geltend machen können. — Bemerkt mag endlich noch werden, daß die Frage nach der lex ferenda im Vorstehenden absichtlich unberührt gelassen ist.

[18]) Auch der ausgetretene K.ist haftet für die zur Zeit seines Austrittes bereits begründeten Verbindlichkeiten der G. in obiger Weise bis zum Ablauf der Verjährungsfrist, § 90 a. E.

[19]) Der G.er, der zugleich G.gläubiger ist, kann sich zwar gleich einem Dritten an die G. und das G.vermögen, dagegen durante societate nicht an die einzelnen G.er halten. Derselbe hat daher auch nicht die Befugniß, den K.isten auf die versprochene Einlage in Anspruch zu nehmen, oben S. 537; Renaud S. 402; Ehrenberg S. 387. Eine Modifikation erleidet der obige Grundsatz ferner, wenn über das Vermögen der K.G. Konkurs eröffnet ist, § 90 zu Anm. 10. Abgesehen hiervon kann jeder G.gläubiger die Haftung des K.isten bis zum Betrag der rückständigen Einlage geltend machen, soweit dieselbe nicht bereits von anderen Gläubigern absorbirt ist, unten Anm. 37.

Digitized by Google

von der quantitativen Beschränkung ihrer Haftung und von der Möglichkeit, sich durch Einzahlung der versprochenen Einlage von der Verbindlichkeit frei zu machen, stehen die Kommanditisten in dieser Hinsicht den Gesellschaftsgläubigern ebenso gegenüber wie die Komplementare. Sie haften bis zum Betrag der rückständigen Einlage mit ihrem ganzen Vermögen und im Gegensatz zur Theilhaft hat auch ihre Haftung die Bedeutung einer Solidar- sowie neben der der Komplementare einer Korrealverpflichtung.[20])

IV. Die Haftung der Kommanditisten beruht sowohl ihrer Entstehung wie ihrem Fortbestande nach auf einem selbständigen, von dem Verhältniß der Gesellschafter zu einander unabhängigen Recht der Gläubiger.[21]) Dieses Recht wird daher weder durch die im Gesellschaftsvertrag enthaltenen, lediglich auf das innere Verhältniß bezüglichen Abreden berührt, noch kann dasselbe durch spätere Vereinbarungen der Gesellschafter beseitigt oder eingeschränkt werden. Hieraus folgt: a) Der Anspruch der Gläubiger gegen den Kommanditisten geht stets auf Zahlung einer Geldsumme. Verabredungen der Gesellschafter, welche sich auf die Modalitäten der Einbringung beziehen, mögen sie Gegenstand, Art oder Fristen der Illation betreffen, greifen den Gläubigern gegenüber nicht durch.[22]) — b) Die Haftung des Kommanditisten kann auch nicht durch nachträgliche Uebereinkunft der Gesellschafter aufgehoben, die Einlage kann „während des Bestehens der G. weder ganz noch theilweise zurückbezahlt oder erlassen werden.“[23])

---

[20]) Im Wesentlichen übereinstimmend Renaud S. 412, oben S. 518[6]. — Erstattungsanspruch des K.isten, der Verbindlichkeiten der G. aus eigenen Mitteln erfüllt hat, oben § 67 II; § 73 a. E. (S. 521 letzte Zeile des Textes lies: Verbindlichkeiten der Gesellschaft).

[21]) Zum Folgenden besonders Ehrenberg S. 369 f., 390.

[22]) Bezüglich der dem K.isten durch den G.vertrag gewährten Zahlungsfristen hat dies das Reichsgericht ausdrücklich anerkannt, R.civ. 1. 33 (72). Das Gleiche muß aber auch in Betreff aller anderen hierher gehörigen Abreden gelten; der wegen der rückständigen Einlage von den G.gläubigern in Anspruch genommene K.ist kann sich mithin auch nicht darauf berufen, daß nach dem G.vertrag eine andere Betheiligung als mittels Baareinlage verabredet sei. Es ist inkonsequent, wenn Renaud S. 416 f., der in Bezug auf die Unwirksamkeit der Zahlungsfristen mit dem Reichsgericht übereinstimmt, den Abreden der letzteren Art eine weiter gehende Wirkung beimißt. Auch wenn die hier besprochenen Vereinbarungen unzulässiger Weise in das H.register eingetragen sein sollten, würde ihnen keine Bedeutung für die Haftung nach Außen zukommen.

[23]) Art. 165[2]; Ehrenberg S. 370; Renaud S. 418 f.; v. Hahn zu d. Art. § 5, 8; v. Völderndorff S. 84, 86.

Digitized by Google

Diese wenig präcis gefaßte Bestimmung bedeutet, daß bezüglich des Anspruches der Gläubiger die zurückbezahlte Einlage der nicht eingezahlten gleich geachtet, die erlassene trotz des Erlasses als geschuldet angesehen wird.[24]) Und zwar gilt dies nicht blos dann, wenn die Rückzahlung oder der Erlaß während des Bestehens, sondern auch wenn sie nach der Auflösung der Gesellschaft erfolgt sind.[24a]) Die hervorgehobenen Worte im Text des Gesetzes enthalten einen überflüssigen Hinweis auf die Möglichkeit eines Austrittes des Kommanditisten mit der ganzen wie mit einem Theil seiner Einlage. Auch die in diesem Fall nöthig werdende Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern berührt aber nicht die Rechte der zur Zeit des Austritts bereits vorhandenen Gläubiger.[25]) — c) Die Rückzahlung umfaßt gleich der Einzahlung nicht blos Baarzahlungen, sondern alle Zuwendungen von Bestandtheilen des Gesellschaftsvermögens an den Kommanditisten, welche den Erfolg haben, seine im Gesellschaftsfond

---

[24]) Den in den Fällen der Rückzahlung oder des Erlasses der Einlage wie des ungerechtfertigten Bezuges von Zinsen oder Gewinn nach Art. 165 Abs. 5 den Gläubigern zustehenden Anspruch betrachten Anschütz und v. Völdernborff als eine Erweiterung oder Nachbildung der actio Pauliana. Diese Auffassung wird indeß dem Standpunkt des Gesetzes nicht gerecht. Es handelt sich in den gedachten Fällen nicht sowohl um eine Anfechtung von Rechtshandlungen als um eine Durchführung des Grundsatzes, daß das Verhältniß des Kommanditisten zu den Gläubigern den Beliebungen der G.er entrückt ist. Dafür spricht schon die Fassung der betr. Bestimmungen („die Einlage des K.isten kann ... weder ganz noch theilweise erlassen werden; Zinsen können ihm nur insoweit bezahlt werden... Er kann bis zur Wiederergänzung der Einlage weder Zinsen noch Gewinn beziehen"). Auch die Voraussetzungen der Paulianischen Klage erweisen sich nicht als zutreffend, da zur Begründung des Anspruches weder Zahlungsunfähigkeit der G., noch eine fraudatorische Absicht des in Anspruch genommenen K.isten erforderlich ist. (Ueber Art. 165 Abs. 6 unten zu V). Nur in einem Fall würde in letzterer Beziehung die Analogie der actio Pauliana gerechtfertigt sein. Es ist denkbar, daß die Rückzahlung oder der Erlaß der Einlage durch ein Namens der K.G. mit dem K.isten abgeschlossenes Rechtsgeschäft verkleidet wird. So kann z. B. die Wirkung der Rückzahlung oder des Erlasses dadurch erreicht werden, daß die G. Sachen oder Einrichtungen des K.isten zu übermäßigem Preis übernimmt oder ihm für Dienstleistungen einen übermäßigen Lohn gewährt, bez. für den Betrag dem K.isten gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht. Wollen die Gläubiger ein derartiges Geschäft anfechten, so werden sie allerdings darthun müssen, daß dasselbe in der Absicht der Umgehung des Gesetzes abgeschlossen ist.

[24a]) Ueber die persönliche Haftung des K.isten, dem bei oder nach Auflösung der G. seine Einlage ganz oder theilweise zurückgezahlt wird, Wiener Z 27. 336 f.; R 25. 68 (278).

[25]) Im Resultat übereinstimmend die Anm. 23 Angeführten.

Digitized by Google

steckende Einlage unter den versprochenen Betrag herabzumindern.[26]) Nicht hierher gehören Zahlungen oder Zuwendungen an den Kommanditisten, die in Erfüllung eines von der Kommanditgesellschaft mit ihm geschlossenen Vertrages oder behufs Tilgung einer sonstigen Forderung des Kommanditisten an die Gesellschaft erfolgen, falls das zu Grunde liegende Geschäft nicht in fraudatorischer Absicht eingegangen ist.[27])

V. Begriffsmäßig erstreckt sich die Haftung des Kommanditisten nicht auf die ihm zukommenden Zinsen und Gewinnantheile, da diese, auch wenn sie im Gesellschaftsfond belassen sind, zwar seinen Kapitalantheil am Gesellschaftsvermögen verstärken, aber keinen Bestandtheil der Einlage bilden.[28]) Der Kommanditist haftet daher den Gläubigern nicht mit einer durch die Nichterhebung von Zinsen und Gewinn bewirkten Vermehrung der Einlage.[29]) Dagegen tritt, abweichend

---

[26]) Unter das Gesetz fallen alle Zahlungen und Zuwendungen an den K.isten, die den im Text erwähnten Erfolg haben; den Zahlungen oder Zuwendungen an den K.isten steht die Verwendung des G.vermögens zur Tilgung von Schulden desselben gleich. Ebenso eine eigenmächtige Verfügung des K.isten über das G.vermögen in seinem Privatinteresse, wie sie namentlich dann vorkommen kann, wenn demselben ausnahmsweise Geschäftsführung oder Vertretungsbefugniß übertragen ist. Ob durch die Zahlung oder Zuwendung eine Verminderung der Einlage herbeigeführt wird, ist nach dem durch die letzte Bilanz ausgewiesenen Vermögensstand zu bestimmen. Vgl. im Allgemeinen Ehrenberg S. 371; Wiener Z 27. 336 f.

[27]) Da, wie bereits oben S. 638 Anm. 10 hervorgehoben, der K.ist als G.gläubiger in Bezug auf das G.vermögen dieselben Befugnisse hat wie alle anderen Gläubiger der G., so kann, abgesehen von fraudatorischen Geschäften, eine zur Tilgung einer G.schuld an den K.isten geleistete Zahlung nicht als unstatthafte Rückzahlung der Einlage betrachtet werden.

[28]) Der K.ist ist in Betreff der ihm zukommenden Zinsen und Gewinnantheile Gläubiger der G.

[29]) Auch dann, wenn die G.er der Herausnahme der Zinsen und des Gewinnes widersprechen können, so nach Ablauf des der Feststellung folgenden Geschäftsjahres, oder weil die Entnahme des Gewinnes zum offenbaren Nachtheil der G. gereichen würde (oben S. 501), haftet die Vermehrung der Einlage den Gläubigern nicht, sie kann daher, wenn die G.er keinen Einspruch erheben, dem G.fond entzogen werden, ohne daß eine persönliche Haftung des K.isten entsteht. Anders, wenn durch die gedachte Vermehrung auch der Betrag der den Gläubigern haftbaren Einlage erhöht werden soll. Dazu bedarf es aber einer unzweideutigen Erklärung der G.er. In diesem letzteren Fall würde übrigens die Erhöhung auch zum H.register anzumelden sein und die Anmeldung durch Ordnungsstrafen erzwungen werden können. Uebereinstimmend v. Hahn zu Art. 165 § 5; Renaud S. 411, z. Th. abweichend Ehrenberg S. 371.

Digitized by Google

von vorstehendem Grundsatz, eine Haftung ein, wenn durch den Bezug von Zinsen die ursprüngliche Einlage vermindert wird oder wenn Zinsen oder Gewinn erforderlich sind, um die durch Geschäftsverluste verminderte Einlage wieder bis zu ihrer ursprünglichen Höhe zu ergänzen.[30]) Wenn der Kommanditist in solchen Fällen Zinsen oder Gewinn aus dem Gesellschaftsfond entnimmt, so haftet er den Gläubigern ebenso, wie wenn er die Einlage zurückbehalten hätte.[31]) Nur dann fällt diese Haftung fort, wenn er die Zinsen und Gewinnantheile in gutem Glauben und auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz bezogen hat.[32])

VI. Zur prozessualischen Begründung des Anspruches gegen den Kommanditisten genügt der Hinweis auf seine Pflicht zur Leistung der Einlage.[33]) Daß er dieselbe zum Gesellschaftsfond eingebracht habe, ist von ihm einredeweise darzuthun,[34]) während es Sache der

---

[30]) Art. 165 [3, 4]. Die Haftung der eingezahlten Einlage hat zufolge dieser Bestimmung einen ähnlichen Charakter wie die Gebundenheit des Aktienkapitals bei der Aktienkommandit- und Aktiengesellschaft. Intensiver ist die Gebundenheit des Aktienkapitals, insofern den Aktionären der beiden zuletzt genannten G.en auch der G. gegenüber nur ein Anspruch auf die Dividende des Reingewinnes zusteht.

[31]) Art. 165 [5]. Die anscheinende Differenz zwischen dieser Bestimmung und Art. 161 löst sich dadurch, daß letztere Vorschrift auf das innere Verhältniß der G. zu beziehen ist; v. Hahn § 6, 8; Renaud S. 419; Grünhut in seiner Zeitschr. I S. 390 f.

[32]) Art. 165 [6], dazu v. Hahn § 2, 9, 10; v. Völdernd. S. 86 f.; Renaud S. 420; Ehrenberg S. 374; die beiden ersten auch über die schlechte Fassung des Gesetzes. — Im Gegensatz zur Aktienkommandit- wie zur Aktiengesellschaft reicht der gute Glaube des K.isten allein nicht aus, um die Haftung desselben auszuschließen. v. Hahn fordert einen entschuldbaren, bez. nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Irrthum. Dies ist in sofern zutreffend, als ohne einen solchen der Nachweis des guten Glaubens schwerlich zu erbringen ist. Jedenfalls ist eine ordnungsmäßige Bilanz erforderlich. In derselben muß der Betrag der vom Kommanditisten eingezahlten Einlage, ähnlich wie das Aktienkapital der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, als Passivum figuriren oder es muß in anderer Weise aus derselben ersichtlich sein, was sich als reiner Ueberschuß über die Einlage des Kommanditisten ergiebt. Nicht das gleiche Erforderniß gilt für die etwaigen Einlagen des Komplementars. Vgl. jetzt Veit Simon Bilanzen der A.gesellschaften und Kommanditg.en auf Aktien. Berlin 1886, bes. S. 53, 121.

[33]) Zum Folgenden: v. Hahn § 17; Anschütz zu d. Art. IV.; v. Völdernd. S. 86 f.; Ehrenberg S. 379 f., Renaud S. 403 f., 420.

[34]) Auch eine erst im Lauf des Prozesses bewirkte Einzahlung befreit den K.isten. — Es bedarf ferner kaum der Erwähnung, daß auch abgesehen von den zu Anm. 37 und 38 erörterten Einreden die Berufung auf die Einzahlung nicht

Replik ist, eine nachträgliche Verkürzung der Einlage durch Rückzahlung oder durch einen unstatthaften Bezug von Zinsen oder Gewinnantheilen zu behaupten.[35]) In dem zuletzt gedachten Fall würde wiederum seitens des Kommanditisten die Berufung auf die zwiefache, den Anspruch der Gläubiger ausschließende bona fides erfolgen müssen.[36]) Der Einrede, daß die Einlage zum Gesellschaftsfond geleistet ist, steht die Behauptung gleich, daß in Höhe derselben bereits andere Gesellschaftsgläubiger befriedigt seien.[37]) Auch eine durch Kompensation mit

---

die einzige dem K.isten zu Gebote stehende Vertheidigung ist. Auf die verschiedenen sich ergebenden Möglichkeiten kann hier nicht näher eingegangen werden; zu bemerken ist nur, daß der K.ist die Ablehnung des klägerischen Anspruches auch darauf gründen kann, daß er die Voraussetzungen desselben, d. h. a) das Vorhandensein einer K.G. zur Zeit der Entstehung des Anspruchs, bezw. seiner Mitgliedschaft oder seiner Einlagepflicht in der vom Kläger behaupteten Höhe; b) das Bestehen der G.schuld in Abrede stellt; daß ferner auch dem K.isten persönlich zustehende Einreden denkbar sind (pactum de non petendo, Kompensation mit einer dem K.isten zustehenden Forderung an den Kläger). Dem nach Auflösung der K.G. oder nach seinem Austritt in Anspruch genommenen K.isten steht überdies die Einrede der Verjährung auf Grund der Art. 172, 146 ff. zu. — Die Einrede der Vorausklage der G. oder des Komplementars hat er nach dem früher Ausgeführten nicht; ebensowenig kann er, wie Ehrenberg S. 383 meint, verlangen, daß die Klage zugleich gegen die G. gerichtet werde. Dagegen hat er mit Rücksicht auf den ihm zustehenden Ersatzanspruch gemäß C.Pr.O. §.69 die Befugniß, den übrigen G.ern wie auch der G. den Streit zu verkünden.

[35]) A. M. v. Hahn, der annimmt, den K.isten befreie nicht die Thatsache, daß eine Summe einmal zum G.fond eingezahlt sei, sondern nur der Umstand, daß sie sich noch fortdauernd in dem zur Befriedigung der Gläubiger bestimmten G.fond befinde. In Uebereinstimmung mit dem Text Renaud S. 419. — Die Replik kann selbstverständlich schon in der Einrede vorweg genommen werden.

[36]) In beiden Beziehungen liegt die Beweislast dem in Anspruch genommenen K.isten ob; a. M. v. Völdernd. S. 87.

[37]) v. Hahn § 17; Ehrenberg S. 376; Renaud S. 415. Zur Begründung dieser Einrede gehört a) der Nachweis, daß eine G.schuld getilgt ist. Es braucht indeß nicht nothwendig eine Schuld zu sein, für die der K.ist als solcher in Anspruch genommen werden konnte. Auch die Befriedigung der Forderung eines G.ers an die G. müssen die übrigen Gläubiger gelten lassen; b) Es muß eine Leistung aus dem Vermögen des K.isten an den Gläubiger erfolgt sein. Nur die wirkliche Leistung wirkt befreiend, nicht die Thatsache, daß der K.ist von einem G.gläubiger verklagt oder zur Bezahlung einer G.schuld verurtheilt worden ist. Andererseits kann der K.ist dem gegen ihn erhobenen Anspruch die Befriedigung eines anderen Gläubigers gleich der Einzahlung auch dann entgegensetzen, wenn sie nach der Klageerhebung, ja gemäß C.Pr.O. 686 selbst dann, wenn sie erst nach dem Urtheil erfolgt ist. Der Nachweis zu a wird häufig mit Schwierigkeiten verknüpft

Digitized by Google

eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft bewirkte Aufhebung der Einlagepflicht kann der Kommanditist dem Anspruch der Gläubiger entgegensetzen.[38])

VII. Ausnahmsweise haftet der Kommanditist unbeschränkt: a) wenn die Gesellschaft vor der Eintragung in das Handelsregister die Geschäfte begonnen hat; für die bis zu diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten, falls nicht erwiesen wird, daß dem Gläubiger die beschränkte Betheiligung bekannt war;[39]) b) wenn ein Kom-

―――――

sein, schon aus diesem Grund wird es für den K.isten regelmäßig gerathen sein, dem Anspruch der Gläubiger durch Einzahlung der Einlage vorzubeugen. Haben die Gläubiger Mittel, um sich gegen den Zugriff anderer Gläubiger auf die versprochene Einlage und die dadurch eintretende Absorbirung der Haftung sicher zu stellen? Vgl. R 25. 68 (278), wo allerdings von einem anderen Fall die Rede ist (unten § 90 Anm. 6). Indeß dürften die Gründe, aus denen hier die Zulässigkeit von Arrestmaßregeln angenommen ist, dieselben auch im vorliegenden Fall als statthaft erscheinen lassen.

[38]) A. M. Ehrenberg S. 389, weil es an der für die K. erforderlichen Gegenseitigkeit fehle. Indeß wird hierbei übersehen, daß die Forderung des K.isten in diesem Fall nicht dazu benutzt wird, um mit der Forderung des G.gläubigers aufzurechnen, sondern daß sie lediglich geltend gemacht wird, um darzuthun, daß der K.ist einen dem Betrag der versprochenen Einlage entsprechenden Werth in das G.vermögen inferirt und sich dadurch von der Haftung auch den Gläubigern gegenüber befreit hat. Vgl. hierzu auch das Reichsgericht bei Gruchot (Rassow und Küntzel) 26. 718. Dernburg Kompens., 2. Aufl. S. 523, auf den Ehrenberg a. a. O. sich beruft, erklärt nicht die K. von Forderungen des K.isten an die G., sondern von Forderungen desselben an den Komplementar gegen die Einlageverbindlichkeit für unstatthaft. — Beruht die Forderung des K.isten an die G. auf einem fraudatorischen Geschäft in dem oben Anm. 24 besprochenen Sinn, so steht dem Gläubiger eine replica doli zu. Mit Forderungen der G. oder eines anderen G.ers an den klagenden Gläubiger kann der K.ist nur ex jure cesso kompensiren, Renaud S. 224, vgl. auch Laband Z 31. 17; oben S. 533 f., — Aus Vorstehendem wie aus dem zu Anm. 14. Ausgeführten ergiebt sich, daß der K.ist von der Haftung dem G.gläubiger gegenüber auch dann befreit wird, wenn er das G.vermögen durch Stehenlassen von Zinsen und Gewinnantheilen um den Betrag der versprochenen Einlage vermehrt hat. Es bedarf nicht, wie v. Hahn meint, besonderer Umstände oder wie v. Völderndorff verlangt, einer ausdrücklichen Erklärung, daß das Belassen der Zinsen und des Gewinns als eine Einzahlung der Einlage gelten solle; Ehrenberg S. 371; a. M. v. Hahn § 5; v. Völdernd. S. 85; Renaud S. 418.

[39]) Art. 163[3]; v. Hahn zu d. Art. § 6 ff.; v. Völdernd. S. 67 f.; Thöl § 105; Ehrenberg S. 332; Renaud S. 153 f; Wendt S. 453 f. Die Bestimmung findet auf die vor der Eintragung geschlossenen Geschäfte Anwendung; mit dem Augenblick der Eintragung der G. (in das H.register des G.sitzes) wird die beschränkte Haftung des K.isten auch denen gegenüber wirksam,

Digitized by Google

manditist namens der Gesellschaft Geschäfte abschließt, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter auftrete, für die aus diesen Geschäften hervorgehenden Verpflichtungen;[40]) c) wenn der Name des Kommanditisten mit seiner Zustimmung in der Gesellschaftsfirma enthalten ist, für alle namens der Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten.[41])

---

die von der Einschränkung keine Kenntniß hatten. Es kommt nicht, wie bei anderen befreienden Thatsachen auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung an, ebenso ist dem Dritten, wenn die Eintragung erfolgt ist, die sonst statthafte Berufung auf entschuldbare Unkenntniß versagt. — Dagegen ist andererseits Art. 163 ³ immer anwendbar, wenn die Eintragung noch nicht geschehen ist, auch dann, wenn die G.er das ihrige gethan haben, um sie herbeizuführen. Consequent hat das R.O.H.G. angenommen, daß der durch ein Versehen des Richters als o.-G.er eingetragene K.ist unbeschränkt haftet, falls den Gläubigern nicht die Beschränkung der Haftung bekannt war; R 23. 92 (280). Erforderlich ist wirkliche Kenntniß des Dritten, die vom K.isten bewiesen werden muß, bloßes Kennenmüssen reicht nicht aus. Es genügt aber, daß dem Dritten die beschränkte Haftung des betr. G.ers im Allgemeinen bekannt war; nicht erforderlich ist, daß er die Höhe der Haftung gekannt habe; Rciv. 12. 30 (135). — Die Gründe, aus denen Thöl § 105 II. 4 die Vorschrift des Art. 163 ³ einen „Todesstoß" für die K.G. genannt hat, sind schon oben zu Anm. 3 zurückgewiesen. — Können Vorschriften des fremden Rechts, welche den K.isten bei Versäumnissen in Bezug auf die Form der Errichtung unbeschränkt haften lassen, gegen den inländischen K.isten einer fremden K.G. geltend gemacht werden? Bu. 27. 313 verneint; die Frage fordert aber wohl eine genauere Prüfung, als ihr hier zu Theil geworden.

[40]) Art. 167³; hierzu außer den Kommentaren besonders Thöl § 105 a. E.; Ehrenberg S. 336 f.; Renaud S. 390 f.; Wendt S. 469. Fremdes Recht und Entwürfe Zus. nach § 90. Art. 167 setzt voraus, daß der K.ist Vertretungsbefugniß hatte, da er sonst nach den Grundsätzen vom falschen Bevollmächtigten haftet. Schon daraus folgt, daß die vom Gesetz geforderte Erklärung sich auf das einzelne Geschäft beziehen muß und nicht ersetzt wird durch allgemeine Kundmachungen in Circularen oder öffentlichen Blättern, daß dem K.isten Prokura oder Handlungsvollmacht übertragen sei; also auch nicht durch Eintragung der Prokura in das Handelsregister, R. 7. 107 (416); dazu v. Hahn I S. 583 Anm. 1. Ebenso wenig kann sich der K.ist, der die Erklärung unterlassen hat, darauf berufen, daß dem Dritten seine Eigenschaft als Prokurist oder Bevollmächtigter bekannt gewesen sei. Wird die persönliche Haftung des K.isten durch die Erklärung ausgeschlossen, daß er im Auftrag der G. handele? Verneinend Laband Z 10. 217 Anm. 54; Renaud S. 391; anders Puchelt Anm. 4 zu d. Art. Die Frage ist, wie Puchelt zutreffend bemerkt, gemäß Art. 278, 279 nicht nach dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks, sondern nach der im Verkehr einer solchen Erklärung beigelegten Bedeutung zu entscheiden.

[41]) Art. 168; Thöl § 105 I; Ehrenberg S. 335; Renaud S. 133; Wendt S. 468; vgl. auch oben S. 255, unten § 95 I.

Digitized by Google

VIII. Der Grundsatz, daß die während des Bestehens der Gesellschaft hinzutretenden Mitglieder für die bereits vor ihrem Eintritt begründeten Gesellschaftsschulden gleich den bisherigen Gesellschaftern haften, gilt auch für die Kommanditgesellschaft. Die Haftung ist eine unbeschränkte oder auf die Einlage begrenzte, je nachdem der Eintritt als Komplementar oder als Kommanditist erfolgt.[42]) Neu eintretende Kommanditisten haften, so lange ihre Eintragung in das Handelsregister nicht bewirkt ist, für die seit ihrem Hinzutritt eingegangenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt, falls dem Gläubiger ihre beschränkte Betheiligung nicht bekannt war.[43])

IX. Entsprechend der offenen Gesellschaft gelten für die Kommanditgesellschaft folgende Sätze: a) Die Haftung des Kommanditisten kann von einem Gesellschaftsgläubiger, der zugleich Schuldner des Kommanditisten ist, auch kompensirend geltend gemacht werden.[44]) — b) Hat der Kommanditist aus eigenen Mitteln einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt, so hat er gleich dem offenen Gesellschafter einen Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter.[45])

Bezüglich aller sonstigen, im Vorstehenden nicht erörterten, das äußere Verhältniß betreffenden Grundsätze stimmt die Kommanditgesellschaft mit der offenen Gesellschaft überein.[46])

[42]) Art. 166; Thöl § 105 II. 3; Ehrenberg S. 330; Renaud § 28 S. 190 ff.; Wendt S. 467. Die Haftung des neu eintretenden K.isten findet ebenso wie die eines neu eintretenden Komplementars statt, gleichviel ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht und kann durch einen Vertrag der G.er nicht ausgeschlossen werden. Sie ist unabhängig von der Eintragung des neuen Kommanditisten in das H.register. Art. 166 kommt auch bei einer Erhöhung der Einlage des K.isten zur Anwendung; derselbe haftet auch den früheren Gläubigern mit dem erhöhten Betrag, und zwar selbst dann, wenn die Erhöhung nicht in das H.register eingetragen ist, vorausgesetzt, daß sie nicht lediglich mit Rücksicht auf das Verhältniß der G.er zu einander vereinbart ist, R 25. 28 (114), oben S. 627. Nicht anwendbar ist Art. 166, wenn zu dem Geschäft eines Einzelkaufmannes ein K.ist hinzutritt.

[43]) Folgt aus Art. 163³. Für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten haftet der neue K.ist, auch wenn er nicht in das H.register eingetragen ist, nur auf Grund von Art. 166, d. h. nicht über den Betrag der Einlage, R 12. 5 (14).

[44]) Oben S. 535; Renaud S. 439 f.; abweichend Ehrenberg S. 392.

[45]) Oben S. 476 f., 536 ff.; zu den das. Angef. vergl. noch Ehrenberg S. 362 und Laband Z 31. 21 ff.

[46]) Es gehören hierher die oben §§ 74—77 erörterten Grundsätze, vergl. Art. 167, 169. Forderungen der G.er an die G. R 19. 120 (415); unten § 90 Anm. 8.

Digitized by Google

§ 90.

Auflösung. Ausscheiden und Ausschließung. Liquidation. Gesellschaftskonkurs. Verjährung[1]).

Bezüglich der Auflösung und ihrer Folgen wie des freiwilligen und unfreiwilligen Austritts einzelner Mitglieder finden im Allgemeinen die für die offene Handelsgesellschaft maßgebenden Grundsätze auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung[2]). Theils als Abweichungen von diesen Grundsätzen theils als besonders bemerkenswerthe Konsequenzen derselben sind folgende Punkte hervorzuheben:

1. Die Kommanditgesellschaft wird weder durch den Tod des Kommanditisten, noch dadurch, daß derselbe die Fähigkeit zu selbständiger Vermögensverwaltung verliert, wohl aber durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommanditisten aufgelöst[3]).

---

[1]) Auerbach Gesellschaftswesen S. 156. Handelsgesetz S. 157; Endemann § 72; Thöl § 106—108; Gareis S. 135; Wendt S. 451; Renaud § 63—91.

[2]) Art. 169, 170², 171³, 172; oben § 78—84.

[3]) Art. 170; anscheinend ebenso Pr 154. Trotz des gleichen Wortlauts haben indeß beide Bestimmungen eine verschiedene Bedeutung, da im Sinn von Pr die Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung den Konkurs mit umfaßte. Vgl. Pr 118³ u. Mot. hierzu S. 65 f. In den folgenden Entwürfen wurde korrekter bei der o. Hg. der Konkurs des G.ers neben der Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung besonders genannt, E.I 118³; E.II 119³, und demgemäß auch für die K.G. ausdrücklich bestimmt, daß der Konkurs des K.isten die Auflösung nicht herbeiführen sollte, E.I. II 160; Prot. 308. Die Rückkehr zum ursprünglichen Wortlaut in unserem Art. 170 bedeutet demnach, wie auch auf der Nürnberger Konferenz hervorgehoben ist, eine Inhaltsänderung in dem im Text dargelegten Sinne. (Vgl. auch Zusatz II). Als Grund wurde geltend gemacht, die Konsequenz aus dem auf die K.G. für anwendbar erklärten Artikel 126 (Befugniß der Privatgläubiger eines G.ers, die Auflösung der G. herbeizuführen, oben S. 541 zu Anm. 9) gebiete, den Konkurs über das Vermögen des K.isten als Auflösungsgrund anzuerkennen, Prot. 4645 ff. Daß auch nach dem gegenwärtigen Inhalt des Art. 170 die Möglichkeit vorhanden ist, die K.G. mit dem im Konkurs befangenen K.isten (bez. dem Konkursverwalter), wie auch unter den übrigen G.ern fortzusetzen, ergiebt sich aus § 79. Wird durch den Konkurs eines G.ers die Auflösung der K.G. herbeigeführt oder wird in diesem Fall die G. unter den übrigen G.ern fortgesetzt, so muß gemäß § 14 R.Konk.O. die Auseinandersetzung mit dem Gemeinschuldner außerhalb des Konkursverfahrens stattfinden. Vgl. hierzu die auf die stille G. bezüglichen, gr. Th. aber auch auf die K.G. anwendbaren Ausführungen bei Gruchot (Rassow u. Küntzel) Bd. 29, Beilageheft, S. 998 ff. Im Konkurse des K.isten haben weder die G. noch die G.gläubiger ein Absonderungsrecht gegenüber den Privatgläubigern des K.isten (ausdrücklich bestimmt Schweiz. Obl.R. 610), sofern dasselbe nicht etwa auf Grund einer besonderen Sicherstellung (R. Konk.O. 39, 40) in Anspruch genommen

Digitized by Google

2. Das Ausscheiden des Kommanditisten kann nicht blos mit der ganzen, sondern auch mit einem Theil der Einlage erfolgen[4]).

werden kann. — Abgesehen von der im Text hervorgehobenen Abweichung gelten für die K.G. dieselben Auflösungsgründe wie für die o. Hg. Ein die K.G. auflösender Vertrag ist stets H.geschäft für den Komplementär, dagegen in der Regel nicht für den Kommanditisten, da dieser nicht Kaufmann ist, oben S. 625; R. 12. 108 (368, wo freilich der Dissociationsvertrag für den Komplementar nicht blos mit Rücksicht auf die vermöge seiner Stellung ihm inne wohnende Kaufmannseigenschaft sondern wesentlich auch deswegen, weil er zugleich Uebernehmer des Gesellschaftsgeschäfts war, als Handelsgeschäft angesehen ist). Die Auflösung muß außer im Fall des G.konkurses (oben S. 544) zum H.register angemeldet werden; die Anmeldung liegt sämmtlichen G.ern, also auch den K.isten, bez. den Erben verstorbener G.er ob; unrichtig Bu. 18. 44. Dritten gegenüber kommen die Grundsätze von befreienden Thatsachen zur Anwendung, Art. 171[3], oben S. 238, 544, 560. Unzutreffend ist die Bemerkung v. Völdernd.'s S. 106[1], daß der K.ist persönlich haftet, wenn die K.G., ohne im H.register gelöscht zu sein, nach Eintritt des vertragsmäßigen Endtermins fortgesetzt wird. Die Haftung des K.isten nach Maßgabe des Art. 163[3] ist nur dann begründet, wenn die Fortsetzung der G. nach der Löschung und vor der Wiedereintragung im H.register stattfindet. — Vgl. übrigens v. Hahn und v. Völdernd. zu Art. 170; Renaud S. 470, 477.

[4]) Nicht blos freiwilliges Ausscheiden, sondern auch Ausschließung des K.isten ist möglich, R 2. 39 (171); Z 15. 259; aber doch wohl nur gänzliche Ausschließung; Fälle, in denen die Ausschließung nur mit einem Theil der Einlage gerechtfertigt wäre, sind schwerlich denkbar. — Das gänzliche und theilweise Ausscheiden sowie die Ausschließung des K.isten sind zum H.register zu verlautbaren; die Anmeldung muß auch hier von sämmtlichen G.ern, den Ausgeschiedenen oder Ausgeschlossenen mit inbegriffen, bewirkt werden. Bei der Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern wird der Name des K.isten und der Betrag seiner Einlage nicht veröffentlicht, Art. 171[2]. Die Feststellung und Auszahlung des dem K.isten zustehenden Antheils am G.vermögen erfolgt nach den oben § 80, 88 dargelegten Grundsätzen. Die Weigerung des ausgeschlossenen K.isten, seinen Austritt zum H.register verlauten zu lassen, berechtigt die übrigen G.er nicht zur Zurückhaltung des ihm zustehenden Guthabens, R 2. 39. Ueber die Wirkung der Rückzahlung in Bezug auf die zur Zeit des Austritts bereits vorhandenen G.gläubiger s. oben S. 639 f. Auf die Privatgläubiger des K.isten sind Art. 126, 132 anwendbar, oben S. 541, 556, vgl. auch Anm. 2 zu d. §. Ausscheiden sowie Ausschließung sind nur möglich, wenn nach dem Austritt noch eine H.gesellschaft verbleibt, die indeß nicht nothwendig eine K.G. zu sein braucht; sind mehrere Komplementare vorhanden, so hat der Austritt der K.isten die Verwandlung der K.G. in eine o. G. zur Folge. Dagegen bewirkt selbstverständlich der Wegfall des einzigen bezw. aller vorhandenen Komplementare stets die Auflösung der G., Bu. 28. 28. Eine Aenderung im Personalbestand der G. kann bei der K.G. auch in der Weise stattfinden, daß ein Komplementar in die Stellung eines K.isten übertritt oder umgekehrt. Ueber den Einfluß der erstgedachten Aenderung auf die G.firma, oben S. 259 Anm. 39.

Digitized by Google

3. Zur Liquidation der Kommanditgesellschaft sind gesetzlich die Kommanditisten ebenso wie die Komplementare berufen[5]). Dagegen sind die Kommanditisten als solche nicht befugt, die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses zu beantragen[6]) und im Konkurs über das Gesellschaftsvermögen ist der Vorschlag zu einem Zwangsvergleich nicht von ihnen, sondern nur von den persönlich haftenden Gesellschaftern zu machen[7]).

4. Durch die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses[8]) verwandelt sich der Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen die Komplementare in eine ebensolche Ausfallsforderung wie gegen die Mitglieder der offenen Gesellschaft[9]). Dagegen können die Kommanditisten, wenn nicht einer der Ausnahmefälle vorliegt, in denen sie unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden haften[9a]), während der Dauer des Gesellschaftskonkurses nicht von einzelnen Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden[10]).

---

[5]) Art. 172; dazu v. Hahn § 2; Renaud S. 535 f., oben § 81 f. Die Liquidation findet wie bei der o. Hg. zunächst nur im Interesse der bisherigen G.er, bezw. ihrer Rechtsnachfolger statt; sie tritt nicht von Amtswegen ein (unrichtig Cl. u. A. 4. 767) und ebensowenig können, abgesehen vom Fall des Art. 126, die G.gläubiger dieselbe erzwingen. Die Liquidatoren sind nicht den Gläubigern sondern nur den Kommunionsinteressenten verantwortlich. Einer Verbringung des G.vermögens können die G.gläubiger lediglich durch Arrestmaßregeln vorbeugen, R 25. 68 (276); Wiener Z. 27. 336. — Die Beendigung der L. ist von sämmtlichen G.ern, bezw. ihren Rechtsnachfolgern, nicht, wie das Kammergericht, Bu. 39. 109, annimmt, nur von den persönlich haftenden G.ern zum H.register anzumelden, oben S. 234.

[6]) R.Konk.O. 199, österr. Konk.O. 197. Wohl aber hat er diese Befugniß in der Eigenschaft als Liquidator oder als G.gläubiger.

[7]) R.Konk.O. 200, österr. Konk.O. 238. Die Wirkungen des Zwangsvergleichs kommen auch dem K.isten zu statten, insoweit derselbe nach Beendigung des G.konkurses den G.gläubigern noch persönlich haftet.

[8]) Es findet ebenso wie bei der o. Hg. im Fall der Zahlungsunfähigkeit der G. über das G.vermögen ein selbstständiges Konkursverfahren statt, H.G.B. 122; R.Konk.O. 198; österr. Konk.O. 191 f., 199. Die Vorschriften der Landesgesetzgebung, nach denen zugleich mit dem G.konkurs der Konkurs über das Vermögen eines jeden persönlich haftenden G.ers zu eröffnen war, sind auch für die K.G. durch Einführung der R.Konk.O. beseitigt. Anders nach österr. Recht, österr. Konk.O. 199. Forderungen des G.ers an die G. im G.konkurs; Bu. 23. 251; auch Z 22. 314; Seu. 26. 156.

[9]) Oben S. 590 f.

[9a]) Oben S. 644 f.

[10]) Nach Art. 169 ist die Bestimmung des Art. 122, daß im Fall des G.konkurses die G.gläubiger aus dem Privatvermögen der G.er „nur wegen des

5. Die fünfjährige Verjährung läuft auch zu Gunsten der Kommanditisten, insoweit dieselben den Gesellschaftsgläubigern persönlich haften[11]). In den Fällen, in denen die persönliche Haftung des Kommanditisten erst nach Auflösung der Kommanditgesellschaft oder nach seinem Austritt aus derselben entsteht, beginnt die fünfjährige Verjährung erst von diesem Zeitpunkt an zu laufen[12]).

Zusatz zu §§ 86—90. I. Fremde Gesetzgebung: a) Frankreich: Co. 23—28, 39, 41—46; Gesetz v. 9. Mai 1863; Gesetz v. 24. Juli 1867 art. 55—61; Pard. IV no. 1027—38; Bédarr. sociétés I no. 170 ss.; Brav. Veyr. I p. 213 ss.; Lyon I no. 341 ss. Vgl. auch die Literatur der verwandten Rechte. Aelteres französ. Recht oben § 85. — Die Begriffsbestimmung der K.G., die sich aus Co. 23[1] ergiebt, stimmt im Wesentlichen mit unserem Art. 150[1] überein; die K.isten heißen commanditaires, associés en commandite; ein entsprechender Ausdruck für die Komplementare fehlt; die Bezeichnungen der letzteren als associés responsables et solidaires, der K.isten als simples bailleurs de fonds haben nicht die Bedeutung gesetzlicher Namen, sondern sollen auf die unbeschränkte und beschränkte Haftung der betr. G.er hinweisen. Für den Fall mehrerer Komplementäre enthält Co. 24 dieselbe Bestimmung wie unser Art. 150[2]; Ausstellungen hiergegen Lyon no. 343, Guilléry soc. comm. Belg. II no. 418 s. Uebereinstimmung besteht auch in Bezug auf die Form der G.firma; das Präjudiz

Ausfalls ihre Befriedigung suchen" können, auch auf die K.G. anwendbar. Da Art. 169 keinen Unterschied zwischen Komplementären und K.isten macht, so müßte an sich die Ausfallsforderung auch gegen die K.isten zustehen, falls und insoweit sie überhaupt von den G.gläubigern in Anspruch genommen werden können. Freilich würde diese Folgerung nur für die Ausfallsforderung im Sinne des H.G.B.'s zutreffen; die Vorschrift der R.Konk.O. § 201, durch welche die Bedeutung der Ausfallsforderung wesentlich geändert ist, bezieht sich lediglich auf den Fall, in welchem „G.gläubiger in einem über das Privatvermögen eines persönlich haftenden G.ers ihre Befriedigung wegen des Ausfalls suchen", wobei nach dem gesetzlichen Sprachgebrauch (oben S. 621) nicht an den K.isten zu denken ist. Man könnte einwenden, daß diese Auslegung allzusehr am Wortlaut hafte; in Wahrheit paßt, abgesehen von den zu Anm. 9.a gedachten Ausnahmefällen, weder Art. 122 H.G.B. noch § 201 R.Konk.O. auf den K.isten. Die rückständige wie die zurückgezahlte Einlage und ebenso der Betrag, um welchen der K.ist die ursprüngliche Einlage durch ungerechtfertigte Bezüge aus dem G.fond vermindert hat, bilden nach Eröffnung des G.konkurses ein Aktivum der Konkursmasse, welches vom Konkursverwalter zu realisiren ist. Der desfallsige Anspruch gegen den K.isten stützt sich auf die äußere Haftung desselben; der K.ist kann daher diesem Anspruch keine Einwendungen aus dem inneren Verhältniß entgegensetzen; R.civ. 1. 33 (69). Vgl. Schweiz. Obl.recht 603[3] und dazu den Komm. von Schneider Anm. 6 (Zus. a. E. d. §).

[11]) Art. 172; dazu v. Völdernd. S. 109 f.; Puchelt Anm. 7; Renaud S. 625 f.

[12]) So namentlich wenn dem Kommanditisten nach seinem Austritt oder nach Auflösung der G. die Einlage zurückbezahlt wird; Renaud a. a. O.; Wiener Z 27. 336 f.

Digitized by Google

unseres Art. 168 ist zwar im Co. nicht ausgesprochen, wird aber von der Jurisprudenz angewendet. Als unzweifelhaft gilt dabei, daß dieser Nachtheil nur eintritt, wenn der K.ist der Führung seines Namens in der G.firma zugestimmt hat oder wenn ein Geschehenlassen seitens desselben vorliegt, Béd. 185; Lyon no. 346. Für die Förmlichkeiten der Errichtung und der Publicität sind die oben S. 464 ff. erörterten Grundsätze maßgebend; Inhalt des zu veröffentlichenden Auszuges: Ges. v. 24. Juli 1867 art. 57 s.; er enthält nicht die Namen der K.isten, muß aber enthalten die Angabe der von den K.isten geleisteten oder versprochenen Einlagen (les valeurs fournies ou à fournir par les commanditaires) und den Betrag des G.kapitals (le montant du capital social). Abreden über den Gegenstand und die Modalitäten der Kommanditeinlagen erlangen nach der Doktrin durch gehörige Publikation auch im Verhältniß zu dritten Personen Wirksamkeit, daher braucht die Haftung des K.isten auch den Gläubigern gegenüber nicht nothwendig auf eine Geldsumme festgesetzt zu sein, Lyon no. 318; Bédarr. no. 218, 220. Am erheblichsten unterscheidet sich das französische vom deutschen H.R. durch das dem K.isten auferlegte Verbot, sich an den G.geschäften zu betheiligen. Der ursprüngliche Text des Co. stand auf dem Standpunkt des älteren Rechts, nach welchem dem K.isten keinerlei aktive Theilnahme an den G.angelegenheiten gestattet war, wenn er sich nicht als unbeschränkt haftender G.er behandeln lassen wollte. Nach art. 27 s. durfte daher der K.ist nicht blos keinen acte de gestion vornehmen (oben S. 493, 513 f.), sondern überhaupt nicht, „auch nicht kraft einer Vollmacht, in den G.angelegenheiten thätig werden" (ni être employé pour les affaires de la société même en vertu de procuration). Uebertretung des Verbots bewirkte, daß der K.ist für alle Schulden und Verbindlichkeiten der G. gleich einem Kollektivg.er solidarisch haftbar wurde. Die Bestimmung erschien in zwei Beziehungen zu weit gehend. Einmal insofern sie nicht blos Vertretungshandlungen, sondern jede Thätigkeit des K.isten im Geschäftsbetrieb der G., auch wenn sie gar nicht nach Außen hervortrat, mit dem erwähnten Rechtsnachtheil bedrohete. Sodann darin, daß sie als Folge des Zuwiderhandelns, auch nur in einem einzigen Fall, stets die unbeschränkte Haftung in Bezug auf sämmtliche G.schulden eintreten ließ. Nach beiden Richtungen hat das Gesetz vom 9. Mai 1863 eine Milderung herbeigeführt. Untersagt sind fortan nur die actes de gestion, diese wie früher auch dann, wenn dem K.isten Vollmacht ertheilt ist; dagegen ist eine sonstige Bethätigung in den G.angelegenheiten nicht verboten, namentlich nicht die Ertheilung von Rath, sowie die Ausübung einer kontrolirenden oder beaufsichtigenden Thätigkeit. Zuwiderhandeln hat unbeschränkte Haftung des K.isten zunächst nur für die aus den verbotswidrig eingegangenen Geschäften sich ergebenden Verbindlichkeiten zur Folge. Diese Folge kann nicht, wie bei uns, durch die Erklärung des K.isten, daß er nur als Bevollmächtigter handle, abgewendet werden. — Mit Rücksicht auf die Zahl und Wichtigkeit der Fälle, in denen eine Einmischung stattgefunden, kann der K.ist aber auch bezüglich der übrigen Verbindlichkeiten der G., und zwar sowohl bezüglich sämmtlicher wie eines Theiles derselben, für solidarisch haftbar erklärt werden. Dabei entscheidet freies richterliches Ermessen. Bédarr. 244 VI. Praktisch wird, wie mir Lyon Caën auf eine Anfrage gütigst mitgetheilt hat, diese Bestimmung vorzugsweise im Fall des G.konkurses, in welchem der Konkursverwalter den bezüglichen Antrag zu stellen hat; doch gilt es nicht als unbedingt ausgeschlossen,

Digitized by Google

daß die Vorschrift auch außerhalb des Konkurses auf Antrag einzelner Gläubiger zur Anwendung gebracht wird. In diesem Fall würde freilich das Urtheil nur für und gegen den betr. Gläubiger Rechtskraft erlangen und es wäre die Möglichkeit widersprechender Urtheile vorhanden. Als zweifelhaft wird es merkwürdiger Weise betrachtet, ob der auf Grund der obigen Bestimmung über den Betrag seiner Einlage in Anspruch genommene K.ist einen Rückgriff an die übrigen G.er, insbesondere an den Komplementär, habe; verneinend z. B. Lyon 362, Bédarr. 260, bejahend Pard. no. 1038; Guillèry no. 459. Daß im Uebrigen das Verhältniß des K.isten zu den G.gläubigern in Frankreich ähnliche Erörterungen wie bei uns veranlaßt hat, geht aus den Anmerkungen zu § 89 hervor. Namentlich gilt dies von der Frage, ob der K.ist den G.gläubigern direkt haftet. Hervorzuheben ist jedoch, daß dieselbe für das französ. Recht nicht ganz die Bedeutung wie für das D.H.G.B. hat, da nach der herrschenden Ansicht die G.er für die G.schulden überhaupt nur subsidiär haften (oben S. 522) und da überdies nach dem Prinzip des Code civ. art. 1166 die G.gläubiger ohne besondere Cession die der G. gegen den K.isten zustehenden Rechte geltend machen können. Wie in den Fällen, in welchen der K.ist zur unbeschränkten Haftung für die G.schulden herangezogen wird, macht sich demnach auch seine beschränkte persönliche Haftung vorzugsweise im G.konkurs geltend. Dem Anspruch des syndic auf Einwerfung der rückständigen Einlage zur Masse steht weder der Umstand entgegen, daß die G. nicht rechtsförmlich errichtet und publizirt und daher nur eine société de fait ist, oben S. 464, noch kann derselbe durch Einreden beseitigt werden, die dem persönlichen Verhältniß der G.er zu einander entnommen sind, insbesondere nicht durch Abreden, welche die Haftung des K.isten zu mindern oder zu modifiziren bezwecken, sofern sie nicht gehörig publizirt sind und hierdurch Wirkung gegen Dritte erlangt haben. Daß die Gläubiger nur ein versement réel et effectif anzuerkennen brauchen, ist schon oben S. 637[15] bemerkt. Ob dem K.isten die Befugniß zusteht, gegen die Einlageverbindlichkeit mit einer Contocorrentforderung an die G. aufzurechnen, oben S. 643 f., ist bestritten; für die Zulässigkeit Lyon no. 354 note 3; in entgegengesetztem Sinn der von diesem angef. Troplong, Bédarr. no. 218 s.; Guillèry no. 429 s. — Bestimmungen, die unseren Art. 161 Abs. 2, 3 und Art. 165 Abs. 2 bis 5 entsprechen, finden sich im Co. nicht; die Jurisprudenz ist indeß in Bezug auf die Unstatthaftigkeit einer Verkürzung der Einlage zu im Wesentlichen gleichen Sätzen gelangt. Als unzulässig gilt insbesondere auch die Entnahme von Dividenden oder Zinsen (falls die Verzinsung der Einlagen im G.vertrag bedungen ist, oben S. 502 f.), so lange die Einlage unter den ursprünglichen Betrag vermindert ist oder wenn der Erfolg der Auszahlung eine solche Verminderung sein würde. Dagegen brauchen die auf Grund eines ordnungsmäßigen Jahresabschlusses in gutem Glauben bezogenen Dividenden und Zinsen weder wegen späterer Geschäftsverluste, noch wenn sich später die Unrichtigkeit des Abschlusses herausstellen sollte, zurückgezahlt zu werden. Der letztere Grundsatz ist von denen bestritten worden, die dem jährlichen Abschlusse einen nur provisorischen Charakter beimaßen, oben S. 502 Anm. 3, ist aber gegenwärtig allgemein anerkannt. Eine indirekte Bestätigung desselben enthält die auf Aktienkommanditgesellschaften bezügliche Bestimmung im art. 10 des Ges. v. 24. Juli 1867. — b) Dem französ. Recht am nächsten steht Holland 19—21, 30 Al. 2, dazu außer dem Komm. von Holtius auch de Wal I bl. 98—102; Kist III

bl. 291 v. Die K.G. heißt hier vennootschap bij wijze van geldschieting, der K.ist geldschieter. Das Präjudiz unseres Art. 168 bezüglich der G.firma ist ausdrücklich angedroht, indeß gilt, wie früher erwähnt (oben S. 269), die Bestimmung, daß der Name des K.isten nicht in der Firma enthalten sein darf, nicht für den Fall, daß ein bisher unbeschränkt haftender G.er in die Stellung eines Kommanditisten zurücktritt. Das Verbot der Thätigkeit des K.isten im Geschäftsbetrieb der G. und die Sanktion desselben sind mit den betr. Vorschriften des Co. wörtlich gleichlautend. Der Bestimmung über die beschränkte Haftung des K.isten ist hinzugefügt, daß derselbe zur Zurückgabe der bezogenen Gewinnantheile nicht verpflichtet ist. Die Voraussetzung, daß die Gewinne in gutem Glauben auf Grund einer gehörigen Bilanz bezogen sind, ist zu subintelligiren. Nach Kist a. a. O. bl. 325 v. braucht indeß der K.ist, wenn die Einlage durch Geschäftsverluste vermindert ist, sich nicht gefallen zu lassen, daß ein später aufkommender Gewinn zunächst zur Wiederergänzung der Einlage verwendet werde. — c) Spanien 265[2]; 270—73; 309 ss.; 317. Definition: eine G., in welcher ein oder mehrere G.er an einem unter der ausschließlichen Verwaltung anderer G.er stehenden, im Namen der letzteren (en su nombre particular) betriebenen Geschäft mit Einlagen betheiligt sind. Die hervorgehobenen Worte bedeuten nicht, daß die Geschäfte, wie bei unserer stillen G., nur unter der Firma des Komplementars geführt werden, denn der das Verbot der Namhaftmachung des K.isten enthaltende art. 271 spricht ausdrücklich von der G.firma (razon commercial de la sociedad). Thätigkeit in den G.angelegenheiten ist dem K.isten insoweit untersagt, als es sich um Verwaltungsakte handelt, insoweit aber, wie nach französischem Recht, auch nicht kraft besonderer Vollmacht gestattet. Das Präjudiz der unbeschränkten Haftung für alle G.schulden ist sowohl für den Fall einer Uebertretung dieses Verbots, wie für den Fall unseres Art. 168 ausgesprochen. Ueber das Kontrolrecht des K.isten bestimmt art. 309 s. im Wesentlichen ebenso wie unser Art. 160. Nach Eintritt der Liquidation sollen die K.isten sofort berechtigt sein, den Betrag ihrer Einlagen (el importe del capital que pusieron en la sociedad) zurückzunehmen, falls ausweislich der Bilanz genügende Kapitalien zur Befriedigung der G.gläubiger vorhanden sind. — d) Ueber den eigenthümlichen Standpunkt des portug. Rechts s. oben S. 440. Von den hierher gehörigen Bestimmungen desselben ist insbesondere die Vorschrift des art. 634 über die Haftung des in der Firma benannten K.isten zu erwähnen, welche ausdrücklich bestimmt, daß der G.er nicht verantwortlich ist, wenn sein Name ohne seine Kenntniß und Duldung (sem sciencia e paciencia) in der Firma figurirt, aber verantwortlich wird, wenn er nicht alsbald nach erlangter Kenntniß „mit möglichster Offenkundigkeit" Einspruch erhebt. — d) Belgien. Tit. IX art. 18—25; Namur II no. 890—938; Guillery II no. 386—476. Im Vergleich mit dem Co. ist Folgendes hervorzuheben: Außer dem K.isten hat auch der Komplementar eine gesetzliche Bezeichnung erhalten, er heißt: commandité. Die Vorschrift über die beschränkte Haftung des K.isten lautet: Der K.ist haftet (est passible) für die Schulden und Verluste der G. nur in Höhe der Einlage, zu deren Einbringung er sich verpflichtet hat" (art. 21[1]). Die gesperrten Worte, die in der belg. Revision neu eingeschaltet sind, sollen andeuten, daß den G.gläubigern ein direkter Anspruch gegen den K.isten zusteht. Derselbe setzt aber eine vorgängige oder doch gleichzeitige Verurtheilung der G. voraus (oben S. 523) und kann nur auf Einwerfung der rückständigen Einlage zum G.fond gerichtet

Digitized by Google

werden. Ausdrücklich anerkannt ist ein Anspruch auf Wiedereinwerfung (rapport) für den Fall, daß der K.ist Zinsen oder Dividenden bezieht, ohne daß ein reiner Gewinn vorhanden ist (s'ils n'ont pas été prélevés sur les bénéfices réels de la société, art. 21 [2]). Den Anspruch auf Wiedererstattung haben nur die Dritten (les tiers), d. h. die G.gläubiger, und im Fall des G.konkurses der syndic desselben, dagegen nicht die übrigen G.er. Reingewinn ist nur vorhanden, wenn sich ein Ueberschuß nicht blos über die Passiva, sondern auch über das Kommanditenkapital ergiebt. Für die Frage, ob dies der Fall, ist der Zeitpunkt der jährlichen Geschäftsabschlüsse definitiv entscheidend. Wegen späterer Verluste braucht demnach der K.ist die erhobenen Zinsen und Dividenden nicht zu restituiren. Dagegen tritt die Erstattungspflicht stets ein, wenn die Bilanz nicht der wahren Sachlage entsprach. Das Gesetz enthält keine Bestimmung zum Schutz der gutgläubigen K.isten, und es scheint auch aus der Diskussion der betr. Vorschrift im belg. Abgeordnetenhaus hervorzugehen, daß ein solcher nicht beabsichtigt war. Gewissermaßen als ein Ersatz hierfür ist dem K.isten ein Anspruch gegen den Geranten gegeben für den Fall, daß die Vertheilung der Zinsen oder Dividenden, die er auf Antrag der Gläubiger restituiren mußte, durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit desselben (fraude, mauvaise fois ou négligence grave) veranlaßt worden ist. Der Anspruch gegen den K.isten verjährt binnen fünf Jahren. Unbeschränkte Haftung des K.isten tritt ein, wenn sein Name in der Firma enthalten ist und wenn er actes de gestion vornimmt (art. 22, 23). In letzterer Hinsicht stimmt das belg. Recht mit dem französ. Gesetz vom 9. Mai 1863 überein; die Erstreckung der unbeschränkten Haftung auf alle Verbindlichkeiten der G. soll stattfinden, wenn dargethan wird, daß der K.ist die G.geschäfte regelmäßig (habituellement) geführt hat. Nach art. 24 kann, falls der G.vertrag es zuläßt, auch bei der einfachen K.G. eine Abtretung der G.antheile mit der Wirkung stattfinden, daß der Erwerber an Stelle des Veräußerers in die G. eintritt, und zwar soll die Abtretung in den Formen des bürgerlichen Rechts geschehen. Durch dieselbe dürfen aber die Rechte der früheren Gläubiger nicht beeinträchtigt werden. Nach art. 25 endlich kann der Präsident des Handelsgerichts einen Administrator für die G. ernennen, falls im G.vertrag bestimmt ist, daß die G. beim Tode, bei Verlust der Handlungsfähigkeit oder bei sonstiger Behinderung des Geranten fortbestehen solle, ohne daß für die Wahrnehmung der G.angelegenheiten Vorsorge getroffen ist. Die Ernennung kann nur auf Antrag, aber auf Antrag „eines jeden Interessenten", also auch von G.gläubigern, und längstens auf die Dauer eines Monats stattfinden. Der Administrator kann aus der Zahl der K.isten entnommen werden oder ein Dritter sein; seine Befugniß erstreckt sich auf die Erledigung dringlicher Geschäfte und auf reine Verwaltungshandlungen. — e) Italien 88, 90, 114—118, 186, 191 (früher 158s., 161s., 118—125). Ebenfalls im Wesentlichen mit dem französ. Recht übereinstimmend. Auch hier findet sich die Bestimmung, daß der K.ist (accommodante) für die Schulden und Verluste der G. bis zum Betrag der Einlage haftet. Er ist nicht verpflichtet, die Zinsen und den Gewinn zurückzuzahlen, die er in gutem Glauben auf Grund einer ordnungsmäßigen Bilanz bezogen hat. Im Fall einer Verminderung des G.kapitals darf bis zur Wiederergänzung desselben keine Dividendenvertheilung stattfinden. Betheiligung des K.isten an den G.geschäften bewirkt unbeschränkte Haftung desselben, wenn er Geschäfte abschließt, die Rechte und Verbindlichkeiten für die G. begründen, also nach Außen namens der G.

Digitized by Google

handelt. Auch eine nur einmalige Uebertretung zieht unbeschränkte Haftung für sämmtliche G.schulden nach sich, sofern der Einmischung des K.isten nicht ein spezielles, lediglich auf das einzelne Geschäft bezügliches Mandat zu Grunde lag. In diesem Fall tritt unbeschränkte Haftung nur hinsichtlich der aus dem betr. Geschäft sich ergebenden Verbindlichkeiten ein. — f) Schweiz 590—611, folgt in der Hauptsache dem D.H.G.B. Die bei Errichtung der K.G. in das H.register einzutragenden Thatsachen sind nicht, wie bei uns, blos auszugsweise, sondern ihrem vollen Umfang nach durch das H.amtsblatt zu veröffentlichen, Art. 862. Der K.ist (die offizielle Bezeichnung ist Kommanditär, oben S. 622[5]) haftet nach Außen mit dem in das H.register eingetragenen Betrage, darüber hinaus, sofern er durch Cirkuläre oder sonst Dritten gegenüber eine höhere Kommanditsumme angegeben hat. Das Verhältniß des K.isten zu den G.gläubigern ist dahin geregelt, daß den Gläubigern durante societate jedes direkte Klagerecht gegen den K.isten versagt, dagegen nach der Auflösung ein Anspruch in Höhe der noch nicht eingezahlten oder zurückgezogenen Einlage ausdrücklich gewährt ist. Im Fall des G.konkurses geht dieser Anspruch aber nur auf Zahlung zur Konkursmasse, da die Kommanditsumme, bezw. das Recht auf dieselbe in diesem Fall ein Aktivum des G.vermögens bildet (Art. 603, 608[2]). In allen sonstigen Fällen der G.auflösung können die G.gläubiger, wenn und insoweit ihnen ein direkter Anspruch gegen den K.isten zusteht, denselben auch gegen eine Privatforderung des letzteren verrechnen (Art. 607[2]). Als zurückgezogen gilt die Einlage insbesondere auch, wenn der K.ist unberechtigt Zinsen oder Gewinn bezogen hat; indeß fällt der Anspruch auf Wiedererstattung, wie nach dem belg. Gesetz, fort rücksichtlich der auf Grund einer ordnungsmäßigen Bilanz in gutem Glauben erhobenen Beträge. Sonstige Abweichungen vom D.H.recht beruhen auf Verschiedenheiten, die sich nicht auf die K.G. beschränken. Dahin gehört, daß G.en zu anderen als Handelszwecken die Eigenschaft einer K.G. durch Eintragung in das H.register erlangen können (oben S. 456), daß die unbeschränkt haftenden G.er erst nach der Auflösung oder Betreibung der G. für die G.schulden in Anspruch genommen werden können (oben S. 523); endlich die mit den oben S. 597 erörterten Grundsätzen harmonirende Bestimmung des Art. 609 über die Geltendmachung der Ausfallsforderung im Konkurse des unbeschränkt haftenden G.ers. Einen bei uns zwar nicht ausgesprochenen, aber unserem H.- und Konkursrecht durchaus entsprechenden Rechtssatz enthält die Vorschrift des Art. 610, daß im Konkurs des K.isten weder den G.gläubigern, noch der G. oder ihrer Konkursmasse ein Vorrecht vor den Privatgläubigern zusteht. — g) Ungarn 125—146 stimmt bis auf die Vorschrift, daß auf Wunsch der Betheiligten bei der öffentlichen Bekanntmachung auch die Namen der K.isten und der Betrag ihrer Vermögenseinlagen kundgemacht werden können, vollständig mit dem H.G.B. überein.

II. Entwürfe. (Vgl. oben S. 618) W 232—242; Br Tit. 3 Art. 61—72; Pr 144—155 weichen nur in geringem Maß von einander ab. Nach allen drei Entw. gehört zur Errichtung der G. ein schriftlicher Vertrag und die Einreichung eines Auszuges bei dem zuständigen H.gericht, oben S. 466. Der Auszug muß zwar den Betrag der Vermögenseinlagen, braucht aber nicht die Namen der stillen G.er anzugeben. Der Name des Stillen darf bei Vermeidung unbeschränkter Haftung desselben nicht in der G.firma enthalten sein, nach Pr jedoch (wie nach holländ. Recht) mit Ausnahme des Falles, daß ein ausgetretener

o. G.er als stiller G.er betheiligt bleibt. Das Vorhandensein stiller G.er kann nach W und Er und muß nach Pr durch einen auf ein G.verhältniß hinweisenden Zusatz (et Compagnie) angedeutet werden. Die Stillen sind von Vertretungshandlungen namens der G., selbst in der Eigenschaft von Bevollmächtigten, dagegen nicht von der Theilnahme an den Berathungen oder der inneren Verwaltung ausgeschlossen. Zuwiderhandeln gegen jenes Verbot bewirkt unbeschränkte Haftung für sämmtliche G.schulden. Das Konkurrenzverbot ist nach W auf den stillen G.er mit der Wirkung anwendbar, daß er im Fall der Uebertretung das ihm sonst zustehende Recht der Einsicht in die H.bücher verliert; nach Er findet es auf die K.isten in derselben Weise Anwendung wie auf die o. G.er (Er 72, 21, oben S. 499); nach Pr sind die stillen G.er dem Verbot nicht unterworfen. Gewinn und Verlust werden in Ermangelung einer Abrede alljährlich nach Verhältniß der Einlagen repartirt, Berechnung von Zinsen findet ohne besondere Abrede nicht statt. (In W und Er gelten diese Grundsätze auch für die o. Hg.; in Pr ist eine Differenz vorhanden, oben S. 504.) In Bezug auf die beschränkte Haftung des K.isten, die Unstatthaftigkeit des Bezugs von Gewinn und Zinsen, so lange die Einlage durch den Gang der G.geschäfte gemindert erscheint, die Unzulässigkeit einer gänzlichen oder theilweisen Zurückziehung der Einlage enthalten die Entwürfe bereits im Wesentlichen dieselben Vorschriften wie das H.G.B.; nicht zu erstatten braucht der K.ist nach allen drei Entw. den in gutem Glauben bezogenen Gewinn. Ein unmittelbares Klagerecht der Gläubiger gegen den K.isten verneint Er ausdrücklich; daß die beiden anderen Entw. auf dem gleichen Standpunkt stehen, ergiebt sich aus dem Mot. zu W S. 208 und zu Pr S. 77. Bezüglich der Auflösung der stillen G. beschränken sich W und Er auf die o. G. zu verweisen, während Pr 154 [1] eine unserem Art. 170 entsprechende Bestimmung enthält. — In 1. Les. ist Pr abgesehen von Fassungsänderungen und der Einschaltung von Bestimmungen, die lediglich Konsequenzen früher festgestellter Grundsätze ziehen, nicht erheblich umgestaltet worden. Abweichungen in E. I sind namentlich, daß die unbeschränkte Haftung des Stillen, der namens der G. kontrahirt, nur in Betreff dieser Geschäfte und nur unter derselben negativen Voraussetzung wie nach unserem Art. 167 [3] stattfindet; daß Gewinn und Verlust einem auch bei der o. G. angenommenen Prinzip zufolge nach Köpfen vertheilt werden und daß außer dem Tod und der gesetzlichen Unfähigkeit zur Vermögensverwaltung auch der Konkurs des stillen G.ers die Auflösung der G. nicht zur Folge haben soll. Eine weitere in 1. Les. (Prot. 303) beschlossene, aber nicht in E. I aufgenommene Aenderung wollte die Erstattungspflicht des K.isten in Betreff der Dividenden nicht durch den guten Glauben desselben, sondern durch die in gutem Glauben errichtete Bilanz ausgeschlossen wissen. — E II 142—162 enthält in der Hauptsache bereits den in das H.G.B. übergegangenen Text. Bemerkenswerthe Verschiedenheiten: Vor der Eintragung „besteht die K.G. als solche nicht"; auch der Eintritt eines neuen K.isten muß, „um rechtsgültig zu sein", zum H.register angemeldet werden. Die unserem Art. 165 [3] entsprechende Bestimmung lautet (ebenso wie in den früheren Entw.): Zinsen können dem K.isten von der G. nur insoweit bezahlt werden, als dieselben aus dem Gewinn entnommen werden. Einem allgemeinen, erst in 3. Les. beseitigten Prinzip zufolge (oben S. 516) war, wie auch schon in E. I, ausgesprochen, daß die G. für den Schaden haftet, welchen ein persönlich haftender G.er in Ausführung der G.geschäfte einem

Digitized by Google

Dritten zufügt. Aus E. I war ferner die Bestimmung übernommen, daß die K.G. durch den Konkurs des K.isten nicht aufgelöst wird (oben § 90[3]). Bestimmungen, die unseren Art. 160[3], 163[3], 167[2] entsprechen, sind in E. II nicht vorhanden.

Aus dieser Uebersicht ergiebt sich zugleich, welche Fragen auf der N. C. vorzugsweise erörtert worden sind. Hier mag namentlich hingewiesen werden auf die Diskussion der Frage, ob der K.ist zu anderen als Geldeinlagen befugt ist, Prot. 287 f. Die Majorität der Conferenz scheint verneinender Ansicht gewesen zu sein, ohne sich jedoch den oben S. 626[10] betonten Unterschied zwischen der inneren und äußeren Seite des Verhältnisses klar gemacht zu haben. Ferner auf die ausführlichen, aber resultatlos gebliebenen Berathungen über die Zulässigkeit eines direkten Anspruchs der G.gläubiger gegen den K.isten in 2. Les., Prot. 1100 ff., vgl. auch 4643 f. — Nachweisungen über die in Betracht kommenden Stellen der Prot. in den Komm. von v. Hahn, v. Völdernd., Puchelt.

Zu erwähnen sind endlich noch die österr. Entw., von denen Om nur wenige auf die „stille oder vertraute G.", wie sie hier genannt wird, speciell bezügliche Bestimmungen enthält (84, 90), während Or etwas eingehendere Verfügungen trifft (84, 86, 101—105). Beide Entw. untersagen nicht nur die Namhaftmachung des Stillen in der Firma, sondern auch die Beifügung des Zusatzes „und Compagnie". Om will es bei dem Namen des Komplementars bewenden lassen, wogegen Or statt derselben die Hinzufügung der Worte „et Commandite" fordert; oben S. 271. Auf den Gang der Berathungen scheinen die österr. Entw. keinen Einfluß gehabt zu haben.

Zweiter Abschnitt.

Die stille Gesellschaft.*)

§ 91.

Begriff. Erfordernisse. Errichtung. Rechtscharakter.[1])

I. Die stille Gesellschaft ist ein Vertragsverhältniß, kraft dessen Jemand sich mit einer Vermögenseinlage an dem Handelsgewerbe eines Anderen betheiligt.[2])

---

*) Lastig die stille Gesellschaft in Endemann's Handb. I § 137—142 (S. 704—758); Renaud das Recht der stillen Gesellschaften und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, herausg. und ergänzt von Laband, Heidelb. 1885. (Die Darstellung der st. G. rührt ganz von Renaud her.) Beide Schriften werden hier nur mit den Namen ihrer Verf. citirt. Weitere Literaturangaben bei Renaud § 8. Von den das. genannten Schriften ist namentlich die sorgfältige Diss. von Freese: Die K.G. und die stille G., Greifsw. 1877, hervorzuheben.

[1]) Lastig § 137; Renaud § 9—16; Auerbach Gesellsch. S. 165; Handelsgs. S. 232; Endemann § 54; Gad S. 62; Thöl § 109; Gareis § 25.

[2]) Art. 250: Eine stille G. ist vorhanden, wenn sich Jemand an

Digitized by Google

II. Erfordernisse der stillen Gesellschaft sind:

a) Ein Vertrag als Grundlage der Betheiligung.[3])

b) Der Gesellschafter, welchem die Vermögenseinlage geleistet wird (Inhaber des Handelsgewerbes, Komplementar)[4]), muß Kaufmann sein oder doch zur Zeit, wo die stille Gesellschaft ins Leben treten soll, Kaufmann werden.[5]) Es genügt aber Kaufmannseigenschaft überhaupt, nicht erforderlich ist die Eigenschaft eines Vollkaufmannes.[6]) Stille Gesellschafter können sowohl Kaufleute wie Nichtkaufleute sein.[7]) Handelsgesellschaften und eingetragene Genossenschaften können ebenso wohl stille Gesellschafter aufnehmen, wie sich als solche an dem Handelsgewerbe eines Anderen betheiligen.[8])[9])

---

dem Betriebe des H.gewerbes eines Anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt. Bedenken gegen diese Formulirung bei Lastig und Renaud. Die Abweichung der obigen von der aus den Worten des Gesetzes sich ergebenden Definition ist im Folgenden begründet.

[3]) Keine stille G. im Fall der blos thatsächlichen Verwendung des von der Ehefrau eingebrachten Heirathsgutes in das H.geschäft des Mannes, Bu. 24. 339. — Verpflichtungsfähigkeit der Kontrahenten als Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrages, Renaud S. 95. — Vgl. auch § 94 Anm. 3.

[4]) Inhaber des H.gewerbes ist die gesetzliche Bezeichnung; den Ausdruck Komplementar vermeidet das H.G.B. bei der stillen G. ebenso wie bei der K.G.

[5]) Renaud S. 72, 95. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist keinenfalls eine stille G. im Sinne des H.G.B.'s vorhanden. Ob und inwieweit auf ein derartiges Vertragsverhältniß gleichwol die Bestimmungen über die stille G. anwendbar sind, ist nach bürgerlichem Recht zu bestimmen; Seu. 36. 35; Renaud § 13, aber auch unten zu Anm. 9 und zu Anm. 34 ff. Aus dem obigen Erforderniß folgt, daß der Komplementar zur Zeit, wo die stille G. ins Leben treten soll, die zur Begründung der Kaufmannseigenschaft erforderliche Rechts- und Handlungsfähigkeit besitzen muß, oben § 32 ff.

[6]) A. M. Renaud S. 72, der aus Art. 251 und 257 den Schluß zieht, daß der Inhaber des H.gewerbes eine Firma haben müsse. Richtig ist, daß die gesetzlichen Bestimmungen mehrfach auf der Voraussetzung beruhen, daß der Komplementar Vollkaufmann sei; vergl. außer den angef. auch Art. 253[1]. Indeß folgt daraus nicht, daß das Gesetz diesen Fall als den einzig möglichen betrachtet. Uebereinstimmend mit dem Text v. Hahn zu Art. 250 § 7 a. E., vgl. auch Go. § 46 Anm. 33; oben S. 194 Anm. 16.

[7]) Renaud S. 74.

[8]) Die Aufnahme eines stillen G.ers in eine o. Hg. oder eine einfache K.G. fällt nicht in den Bereich der Geschäfte mit Dritten, auf welche sich die uneingeschränkte Vollmacht der nicht von der Vertretung ausgeschlossenen G.er erstreckt, bedarf daher der Zustimmung sämmtlicher G.er, die aber auch im Voraus in der

Digitized by Google

c) Die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters muß nach Art und Höhe bestimmt oder doch bestimmbar sein[10]) und es muß verabredet sein, daß dieselbe in das Vermögen des Komplementars

Weise erklärt werden kann, daß einem der G.er die Ermächtigung zum Abschluß des Vertrages ertheilt wird. Hierbei kann demselben innerhalb gewisser Grenzen auch der Inhalt des Vertrages anheimgestellt, insbesondere die Entscheidung über die Person des aufzunehmenden stillen G.ers überlassen sein. — Ist der Vertrag über die Errichtung der st. G. vom Standpunkt des Komplementars kein Geschäft „mit einem Dritten", so ist auch für den stillen G.er der Komplementar nicht als Dritter anzusehen und es gehört daher auch zur Betheiligung einer o.Hg. oder einer K.G. als stille G.erin am H.gewerbe eines Anderen die vorgängige Zustimmung sämmtlicher G.er. Ob in dem einen wie im anderen Fall der wegen fehlender Zustimmung der übrigen G.er als solcher ungültige G.vertrag unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt aufrecht erhalten werden kann, ist quaestio facti. — Aus vorstehenden Bemerkungen ergiebt sich zugleich, daß der Abschluß eines Vertrages über die Errichtung einer st. G. nicht zu den Befugnissen der Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten gehört. — Vgl. R 13. 19 (64); Renaud S. 96; oben S. 479 Anm. 16; S. 364 Anm. 12; vgl. aber auch v. Hahn zu Art. 250 § 5 Anm. 4.

[9]) Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragene Genossenschaften können einen Vertrag über die Errichtung einer stillen G. sowohl in der Stellung als Komplementare wie als stille G.er abschließen. Nicht im Widerspruch hiermit steht, daß dieselben nicht die Stelle von Komplementaren in einer K.G. einnehmen können, oben S. 625. Im ersteren Fall wird, da die genannten Vereinigungen stets als Kaufleute gelten, eine nach H.R. zu beurtheilende st. G. auch dann begründet, wenn der Gegenstand ihres Unternehmens nicht im Betrieb von G.geschäften besteht. Auch hier ist Renaud anderer Ansicht, indem er darauf Gewicht legt, daß das H.G.B. den Komplementar als Inhaber des Handelsgewerbes bezeichnet. Der Grund ist indeß um so weniger zutreffend, als die Erweiterung des Kaufmannsbegriffs erst nach dem H.G.B. stattgefunden hat; vgl. L 26, 27 D. de leg. (1. 3): Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Freilich ist für die Aufnahme eines stillen G.ers seitens der genannten G.en unerläßlich, daß sie überhaupt ein Gewerbe betreiben, da sonst das Erforderniß der Betheiligung am Gewerbebetrieb nicht erfüllbar ist. — Der Abschluß des Vertrages bedarf, falls das Statut keine besonderen Bestimmungen enthält, in beiden Fällen der Zustimmung der Generalversammlung, die aber, ähnlich, wie bei der offenen und der einfachen Kommanditgesellschaft, auch in einer den Gesellschaftsorganen ertheilten Ermächtigung zur Eingehung des Vertrages enthalten sein kann. Vgl. Renaud S. 96.

[10]) In dem Erforderniß der Bestimmtheit (Bestimmbarkeit) der Einlage liegt zugleich, daß die Betheiligung des st. G.ers nothwendig auf die Vermögenseinlage beschränkt sein muß. Anders bei der K.G., insoweit es sich um das Verhältniß zwischen Komplementar und K.isten handelt, oben S. 626 Anm. 10, vgl. auch Seu. 37. 134.

Digitized by Google

übergehen soll.[11]) Dem Erforderniß der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Einlage widerspricht es nicht, daß der stille Gesellschafter sich verpflichtet, das zum Betrieb des Handelsgewerbes nöthige Kapital herzugeben, oder sich für den Fall des Bedürfnisses zu einer nachträglichen Erhöhung oder Ergänzung der Einlage anheischig macht.[12]) Dem Gegenstand nach braucht die Einlage keine Geldeinlage zu sein, sondern kann auch in anderen körperlichen oder unkörperlichen Werthen bestehen; die Ueberlassung braucht nicht nothwendig zu vollem Recht (quoad dominium s. sortem), sondern kann auch lediglich Behufs des Gebrauchs oder der Nutzung (quoad usum) stattfinden.[13]) Ebenso ist es zulässig, daß dem stillen Gesellschafter der Werth von Diensten, die er im Interesse des Handelsgewerbes leistet, als Einlage angerechnet wird.[14]) Eine nicht in Geld bestehende Einlage wird regelmäßig

---

[11]) Art. 252[1]: Der Inhaber des H.gewerbes wird Eigenthümer der Einlage des stillen G.ers. Die Bestimmung bedeutet nicht, daß in der stillen G. nur Einlagen zu Eigenthum zulässig sind, sondern daß die Einlage des stillen G.ers immer eine Vermögenszuwendung an den Komplementar ist und nicht, wie die Einlage des Kommanditisten, die Bestimmung hat, zur Bildung eines G.fonds zu dienen. Die Frage, ob der G.vertrag im ersten oder im zweiten Sinn zu verstehen, darf nicht mit Thöl § 102, 109 schon deswegen, weil es an einer positiven, auf das Gesellschaftseigenthum gerichteten, oder einer negativen, das „Alleineigenthum" des Komplementars ausschließenden, Erklärung fehlt, im letzteren Sinn entschieden werden. Würde es, was thatsächlich kaum vorkommen wird, in einem einzelnen Fall an Anhaltspunkten nach der einen oder anderen Richtung ganz fehlen, so würde weder eine stille G. noch eine K.G. vorhanden sein. Vgl. oben S. 626 Anm. 8; R 2. 95 (425); 13. 19 (63); Bolze Praxis I Nr. 1160; Cl u. A 4. 728; Seu. 32. 161; Z 15. 284 f.; Bu. 27. 343.

[12]) Bu. 27. 341; Renaud S. 81; Lastig S. 735; v. Hahn zu Art. 252 § 2.

[13]) Oben S. 481; Renaud S. 79; Lastig S. 705.

[14]) Uebereinstimmend Renaud, ebenso v. Hahn, v. Völdernd., Puchelt zu Art. 252: abweichend Lastig a. a. O. Es ist kein Grund vorhanden, die Freiheit der Kontrahenten in Bezug auf dasjenige, was sie als Vermögenseinlage gelten lassen wollen, einzuschränken, insbesondere spricht nicht hiergegen, was oben S. 480 Anm. 2 über den Begriff der die Grundlage des G.vermögens bildenden Einlagen bemerkt worden ist. Vom commis intéressé unterscheidet sich der stille G.er, dessen Einlage in dem Werth von Dienstleistungen besteht, dadurch, daß ersterer in einem Abhängigkeitsverhältniß zum Prinzipal steht und daß ihm die Tantième als Dienstlohn gewährt ist, während die Dienste des stillen G.ers in dem Sinn geleistet und entgegengenommen werden, daß ihr Werth als Einlage in Betracht kommen soll. Ein faktischer Unterschied besteht darin, daß der commis intéressé in der Regel außer der Tantième noch ein festes Gehalt bezieht; oben S. 318 f.; 320 f.; Anschütz Komm. II S. 549 Anm. 6; Bu. 15. 432.

Digitized by Google

durch Uebereinkunft der Gesellschafter auf einen Geldbetrag veranschlagt und das H.G.B. setzt dies voraus.[15]) Unbedingt nothwendig ist indeß eine derartige Festsetzung des Geldwerths nicht.[16])

d) Es muß eine Verabredung getroffen sein, aus welcher hervorgeht, daß der stille Gesellschafter an dem Ergebniß des vom Komplementar betriebenen Handelsgewerbes betheiligt sein soll.[17]) Darin, daß die Betheiligung am Handelsgewerbe im Ganzen und nicht blos an einzelnen Handelsgeschäften stattfindet, besteht der Unterschied der stillen von der Gelegenheitsgesellschaft[18]); darin, daß trotz der Betheiligung das Handelsgewerbe des Komplementars für den stillen Gesellschafter ein fremdes bleibt, unterscheidet sie sich von der Kommanditgesellschaft.[19]) Vermöge der Betheiligung betreibt der Komplementar das Handelsgewerbe, obwohl in seinem alleinigen Namen, doch für gemeinschaftliche Rechnung.[20]) Nicht unbedingt erforderlich ist eine

---

[15]) Vgl. z. B. Art. 258, 259.

[16]) Der Geldwerth der Einlage würde eventuell gerichtlich zu ermitteln sein.

[17]) Die Betheiligung am Ergebniß des H.gewerbes ist die Gegenleistung des Komplementars für die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters. Sie begründet ein Kreditverhältniß zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Komplementar, welches, wenngleich die Ansprüche des stillen G.ers durch den Ausfall der Jahresabschlüsse und bezw. das Schlußergebniß bei Beendigung der G. bedingt sind, doch schon mit dem G.vertrag selbst existent ist und daher schon in diesem Zeitpunkt die Grundlage einer Pfand- oder Hypothekbestellung oder einer sonstigen Sicherheit bilden kann, R 12. 32 (98); Erk. d. Reichsger. bei Rassow und Küntzel Beitr. Bd. 29 Beil.heft S. 996.

[18]) R 9. 48 (160). — Die Betheiligung des stillen G.ers kann sich auf einen unter mehreren vom Komplementar betriebenen H.zweigen oder auf eine von mehreren H.niederlassungen desselben (Haupt- oder Zweigniederlassung) beschränken, Renaud S. 73, 81; v. Hahn zu Art. 250 § 7.

[19]) Oben § 85, 86 III (S. 623). Aus diesem grundsätzlichen Unterschied sind fast sämmtliche Verschiedenheiten der beiden G.formen herzuleiten. Eine Vergleichung im Einzelnen bei v. Hahn in den Vorbemerkungen zum zweiten Tit. des zweiten Buchs sowie in der Anm. 1 angef. Diss. von Freese. Vgl. auch Thöl in der vierten Aufl. § 43a.

[20]) v. Hahn zu Art. 250 § 2; Renaud Ueber die H.gesellschaften (Pror.rede, Heidelb. 1872) S. 21. Gegen die Bezeichnung des Handelsgeschäftes des Komplementars als eines Geschäftes für gemeinschaftliche Rechnung Lastig S. 709; Renaud stille Gesellsch. S. 113. Die Einwendungen gegen die obige Bezeichnung erledigen sich schon dadurch, daß das H.G.B. unter dem Namen: Vereinigungen zu einzelnen H.geschäften für gemeinschaftliche Rechnung unzweifelhaft auch die sog. stille Gelegenheitsgesellschaft befaßt; vgl. Lastig S. 771, der freilich die gesetzliche Bezeichnung auch für diese Form der Gelegenheitsgesellschaft als nicht zutreffend betrachtet, S. 759 a. a. O. Vgl. auch unten zu Anm. 42.

Digitized by Google

Verabredung über die Höhe der den stillen Gesellschafter treffenden Gewinn- und Verlustantheile.[21]) Regelmäßig ist der stille Gesellschafter sowohl am Gewinn wie am Verlust des vom Komplementar betriebenen Handelsgewerbes, und zwar gleichmäßig, betheiligt und der Antheil am Gewinn und Verlust bildet in der Regel das einzige Aequivalent für die vom stillen Gesellschafter gewährte Vermögenseinlage.[22]) Indeß sind in dieser Hinsicht mannigfache Modifikationen möglich, ohne daß dem Wesen der stillen Gesellschaft zu nahe getreten wird. Statthaft ist nicht nur eine ungleiche Bestimmung der Gewinn- und Verlustantheile[23]), sondern auch, daß dem stillen Gesellschafter neben dem Gewinnantheil oder an Stelle desselben ein fester Zins zugesichert[24]), wie daß er von der Theilnahme am Verlust gänzlich befreit wird.[25]) Es muß nur der Gesellschaftscharakter insoweit gewahrt sein, daß die Existenz oder Höhe der Ansprüche des stillen Gesellschafters, sei es in Bezug auf den Gewinn, sei es in Bezug

[21]) Art. 254. Zur Annahme einer stillen G. genügt, daß die Absicht der Kontrahenten in erkennbarer Weise darauf gerichtet ist, den Stillen am Ergebniß des vom Komplementar betriebenen H.gewerbes zu betheiligen, Cl u. A 4. 728.

[22]) Hierzu und zu Folgendem Renaud S. 83, 122 ff.; Lastig S. 706, 738 f. und die das. Angeführten.

[23]) Wenn der G.vertrag nur über die Höhe des Gewinnantheils des stillen G.ers eine ausdrückliche Bestimmung enthält, so wird, wenn der stille G.er nicht von der Theilnahme am Verlust gänzlich befreit ist (Anm. 25), im Zweifel als der Wille der Kontrahenten anzunehmen sein, daß die Festsetzung sich auch auf die Höhe der Verlustantheile beziehen solle. Alsdann ist der Vertrag gemäß Art. 278 in diesem Sinn zu interpretiren und für das richterliche Ermessen auf Grund von Art. 254 ist kein Raum. Letzteres hat nur dann einzutreten, wenn ersichtlich ist, daß die Kontrahenten in Bezug auf die Höhe der Verlustantheile nichts bestimmen wollten und für diesen Fall kann allerdings der Richter dazu gelangen, die Verlustantheile abweichend von den Gewinnantheilen festzusetzen Lastig S. 738; Renaud S. 131 f.; Z 6. 597. Beweislast R.civ. 6. 20 (83).

[24]) R 9. 12 (33); 12. 32 (99); Z 22. 394; Bu. 19. 251; 31. 48. Auch eine quantitative Beschränkung des Gewinnantheils ist möglich. Verschiedene andere Modifikationen bei Lastig S. 706; Renaud S. 84.

[25]) Hiergegen scheint der Wortlaut des Art. 250 Abs. 1 (oben Anm. 2) zu sprechen. Indeß ist es unzweifelhaft, daß mit den Worten: gegen Antheil an Gewinn und Verlust nur auf den gewöhnlichen Fall hingewiesen werden sollte und daß die R.C. die oben bezeichnete Abrede für zulässig erachtet hat; Prot. 1085. Uebereinstimmend Lastig S. 706 f.; Renaud S. 86. Aus der Judikatur: R 12. 32 (98); R.civ. 3. 5 (8); Bolze Praxis I Nr. 1158, 1159; Z 6. 595; Bu. 19. 251[1]; 31. 48; 38. 274; 39. 112. Die Befreiung vom Verlust ist allerdings eine ungewöhnliche Abrede, die eine unzweideutige Erklärung voraussetzt. Vgl. auch unten Anm. 47.

Digitized by Google

auf die Rückgabe der Einlage nach beendeter Gesellschaft, vom wirthschaftlichen Ergebniß des Handelsgewerbes des Komplementars abhängig gemacht ist.[26])

III. **Der Vertrag über die Errichtung der stillen Gesellschaft** ist jedenfalls ein einseitiges Handelsgeschäft (auf Seite des Komplementars) und schon aus diesem Grunde auch formlos gültig.[27]) Die Formfreiheit ist überdies im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen.[28]) Möglich ist insbesondere auch die stillschweigende Eingehung einer stillen Gesellschaft.[29]) Zum Handelsregister wird die stille Gesellschaft nicht verlautbart.[30])

IV. **Die stille Gesellschaft ist keine Handelsgesellschaft** im Sinne des H.G.B.'s[31]), kein Verein in dem oben S. 437 erörterten Sinn. Ihr Wesen erschöpft sich in dem Vertragsverhältniß zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter[32]). Unter gewissen Voraussetzungen wird die Existenz der stillen Gesellschaft zwar auch nach Außen wirksam, allein diese äußeren Wirkungen sind nur mittelbare und zufällige Folgen, die sich an ihre Existenz knüpfen[33]); die stille Gesellschaft als solche bietet nur eine äußere, keine innere Seite dar.

Das Vertragsverhältniß zwischen Komplementar und stillem Gesellschafter ist eine Gesellschaft. Dies ist nicht unbestritten. Den Gegnern der hier vertretenen Ansicht ist zuzugeben,

[26]) Abhängigkeit vom Ergebniß des Handelsgewerbes ist vorhanden wenn eine Betheiligung am Gewinn **oder** am Verlust stattfindet. Eines von beiden, nicht beides zusammen gehört zum Vorhandensein einer stillen G. Die verschiedenen in dieser Hinsicht sich ergebenden Möglichkeiten versucht **Lastig** S. 707 kasuistisch darzustellen.

[27]) **Lastig** S. 734; **oben** § 28 Anm. 9 S. 132; a. M. **Renaud** S. 98, falls der Komplementar nicht schon bei Abschluß des Vertrages Kaufmann ist.

[28]) Art. 250 Abs. 2.

[29]) Gegen die Möglichkeit einer stillschweigenden Eingehung ohne Gründe **Renaud** a. a. O. Ein Beispiel einer solchen bei Cl u. A 4. 728; vgl. auch **oben** S. 461, 624.

[30]) **Lastig** S. 734; **Renaud** § 16.

[31]) Gegen die für die stille G. wie für die Gelegenheitsgesellschaft vielfach, auch vom R.O.H.G. gebrauchte inkorrekte Bezeichnung: uneigentliche H.gesellschaft vgl. v. **Hahn** zu Art. 250 Anm. 1; **Thöl** § 87 zu Anm. 6.

[32]) Hieraus folgt, daß, wenn ein Komplementar mehrere stille G.er aufnimmt, mehrere von einander unabhängige Sozietätsverträge geschlossen werden. Die an demselben H.geschäft betheiligten stillen G.er stehen nicht wie die K.isten derselben Kommanditgesellschaft **als solche** unter einander in einem Gesellschafts- oder überhaupt in einem Vertragsverhältniß; v. **Hahn** Vorbem. § 8; **Renaud** S. 71.

[33]) **Unten** § 95.

Digitized by Google

daß die stille Gesellschaft dem Societätsbegriff des bürgerlichen Rechts nicht entspricht. Nach römischem Recht muß die Absicht der Kontrahenten bei Eingehung des Gesellschaftsvertrages auf Herstellung einer vermögensrechtlichen Gemeinschaft (communio) gerichtet sein[34]). Hierin besteht der, wie in den Quellen mehrfach betont wird, für das Vorhandensein einer Societät wesentliche animus contrahendae societatis. Die Gemeinschaft kann bezüglich der Substanz der Einlagen[35]) oder nur bezüglich des Gebrauches oder der Nutzungen derselben[36]) oder auch, wo Einlagen gänzlich fehlen, lediglich in Bezug auf den durch die Thätigkeit der Gesellschafter zu erlangenden Gewinn gewollt sein. Wenn aber, wie bei der stillen Gesellschaft, die Einlage aus dem Vermögen des einen Kontrahenten vollständig in das des anderen übergeht und die Herstellung einer communio überhaupt nicht beabsichtigt ist, nehmen die römischen Juristen trotz des „Antheils am Gewinn und Verlust" niemals eine Societät an[37]).

Die Fortgeltung dieses im römischen Recht ganz streng durchgeführten Grundsatzes für das heutige gemeine bürgerliche Recht kann um so weniger bezweifelt werden[38]), als die neueren bürgerlichen Gesetzbücher bezüglich desselben sämmtlich mit dem römischen Recht übereinstimmen[39]).

---

[34]) Schon allein L. 13 § 1 D. de praescr. v. (19. 5) ist vom Standpunkt des römischen Rechts ein unüberwindliches Hinderniß gegen die Auffassung der stillen G. als Societät. Vgl. über diese Stelle neuerdings Lastig Z 24. 142; Pernice Zeitschr. der Sav.-Stiftung, Roman. Abth. Bd. 3 S. 62; Freese Diss. S. 12. Die Stelle enthält nicht blos einen vereinzelten Ausspruch; vielmehr wird das ihr zu Grunde liegende Prinzip in den Quellen überall zur Geltung gebracht, wo es sich darum handelt, die Societät von verwandten Verträgen abzugrenzen. Auch abgesehen von der Begriffsfeststellung dürfte dasselbe für die Societätslehre des bürgerlichen Rechts in höherem Maß zu verwerthen sein, als bisher geschehen ist. Unter der Rechtsgemeinschaft, auf welche die Societät gerichtet sein muß, ist eine dingliche Gemeinschaft (Windscheid § 449) zu verstehen.

[35]) Die Einlagen werden gemeinschaftliches Eigenthum (Vermögen), communicatio quoad dominium s. sortem, oben S. 481.

[36]) Das Eigenthum (Vermögensrecht) an der Substanz der Einlagen erfährt keine Veränderung, communicatio quoad usum.

[37]) L. 44, 52 § 3 D. pro soc.

[38]) Wie dies z. B. von Renaud S. 91 geschehen ist aus dem unzutreffenden Grund, „daß eine Societät überhaupt ohne alles Vermögen vorkommen könne."

[39]) Das Pr.L.R. bezeichnet in der Ueberschrift zu Th. I Tit. 17 Abschn. 3 die Societät als eine „Gemeinschaft, die durch Vertrag entsteht" und stellt sie mit der communio incidens und dem gemeinschaftlichen Eigenthum der Miterben

Digitized by Google

Es ist hiernach erklärlich, daß auch für das Handelsrecht die Zulässigkeit einer Subsumtion der participatio sowie demnächst der stillen Gesellschaft unter die Societät vielfach in Abrede gestellt worden ist. Erörterungen hierüber finden sich bereits bei Straccha und in den Decisiones rotae Genuensis[40]), und der Streit dauert bis in die neueste Zeit fort. Noch die beiden letzten Bearbeiter unserer Lehre, Lastig und Renaud, stehen in dieser Hinsicht auf einem entgegengesetzten Standpunkt[41]). Indeß dürften schon vor dem H.G.B. die Vertheidiger des Gesellschaftscharakters nicht blos der Zahl nach überwiegend gewesen sein, sondern sich auch im Einklang mit der kaufmännischen Anschauung befunden haben, für die nicht die rechtliche, sondern die wirthschaftliche Gemeinschaft entscheidend war[42]).

Daß auch das H.G.B. die stille Gesellschaft als eine Societät ansieht, folgt aus der Fassung und dem Inhalt wie aus der Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmungen[43]). Die Jurisprudenz hat an dieser im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Auffassung schon

---

zusammen, vgl. auch § 169, 171. Im österr. b.G.B. heißt die Gesellschaft „Vertrag über eine Gemeinschaft der Güter", Ueberschr. zum 27. Hauptst., dazu § 1175 f. Ebenso weisen die Definitionen des Code civ. art. 1832 und das sächs. G.B. § 1359 darauf hin, daß der Zweck der G. die Herbeiführung einer Vermögensgemeinschaft sein muß.

[40]) Goldschmidt krit. Zeitschr. f. d. ges. R.wissensch. Bd. 4 S. 322; auch Diss. p. 14; Brinckmann § 56; Thöl vierte Aufl. § 41; Lastig stille G. S. 20; derselbe Z 24. 418 f. und bei Endem. S. 710 f.; Renaud S. 6 f. Bei den Genannten auch weitere Nachweisungen.

[41]) Gegen die Societätsnatur Lastig S. 314, 707; Freese a. a. O.; für dieselbe Renaud S. 90, der aber weder den Bedenken gegen, noch den entscheidenden Gesichtspunkten für seine Auffassung gerecht wird.

[42]) Die Societät ist danach ein Vertrag, der auf die Erreichung eines gemeinsamen wirthschaftlichen Zwecks durch Beiträge der Theilnehmer gerichtet ist. Diese Definition, die sich auch wohl in Lehrbüchern des Civilrechts findet, ist zwar nicht für das bürgerliche Recht, wohl aber für das H.R. zutreffend. Gemeinschaft des wirthschaftlichen Zwecks ist stets vorhanden, wenn eine Betheiligung an dem Ergebniß eines einzelnen Geschäftes oder eines Komplexes von Geschäften (eines Gewerbebetriebes) stattfindet. Der Begriff der Societät wird hiernach wesentlich erweitert; indeß ist das Kriterium selbst weder unbestimmt noch sonst unbrauchbar, wie Lastig S. 316 anzunehmen scheint.

[43]) Außer den Namen stille G. und stiller G.er sind besonders die ausdrückliche Bezeichnung des Vertragsverhältnisses als G.verhältniß im Art. 259 sowie die Bestimmung über die Liquidation im Art. 265 als Belege hierfür anzuführen. Auch aus der Entstehungsgeschichte ergiebt sich unzweifelhaft, daß die stille G. als eine Parallelform der K.G. betrachtet worden ist; v. Hahn Vorbem. zu B. 2 Tit. 2 § 4.

Digitized by Google

deswegen festzuhalten, weil dieselbe auf einer zwar vom bürgerlichen Recht abweichenden, aber juristisch sehr wohl möglichen Erweiterung des Societätsbegriffes beruht[44]). Ueberdies handelt es sich dabei nicht blos um eine Frage der juristischen Konstruktion, sondern um eine Feststellung, die zugleich für die materielle Beurtheilung des Rechtsverhältnisses von Bedeutung ist[45]).

V. Aus der Begriffsbestimmung und den Erfordernissen ergiebt sich die Abgrenzung der stillen Gesellschaft gegenüber verwandten Rechtsverhältnissen[46]). Eine stille Gesellschaft liegt immer vor, wenn die oben zu II erörterten Voraussetzungen erfüllt sind. Es ist nicht zulässig, noch engere Grenzen zu ziehen. Auch für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag ungewöhnliche, aber dem Wesen der stillen Gesellschaft nicht zuwiderlaufende Abreden enthält, wie namentlich Befreiung des Kapitaleinlegers von der Theilnahme am Verlust, kann das Vorhandensein der stillen Gesellschaft nicht von besonderen Erfordernissen abhängig gemacht werden[47]).

---

[44]) Ist wie bei der stillen G. im Gesetz eine bestimmte Auffassung von dem Wesen eines Rechtsinstituts ausdrücklich anerkannt oder zur Geltung gebracht, so wird die Jurisprudenz sich nur dann hierüber hinwegsetzen dürfen, wenn die gesetzliche Auffassung einen Verstoß gegen allgemeine Denkgesetze enthält, m. a. W. logisch unmöglich ist, denn impossibilium nulla obligatio. Diesen Vorwurf hat Kist beginselen III bl. 298 v. dem D.H.G.B. gemacht; die Ausführungen im Text zeigen, daß derselbe unbegründet ist.

[45]) Der Satz: Die stille G. ist eine Gesellschaft, hat nicht blos einen dogmatischen, sondern zugleich einen imperativen Inhalt; er enthält die Bestimmung, daß das Rechtsverhältniß zwischen Komplementar und stillem G.er, insoweit das H.G.B. keine besonderen Vorschriften enthält, nach den Grundsätzen von der G. zu beurtheilen ist. Näheres § 92, 93.

[46]) Es läßt sich nichts dagegen sagen, wenn man das Verhältniß zwischen stillem G.er und Komplementar ein mobificirtes (?) Gläubiger- oder Kreditverhältniß nennt, R 13. 19 (63); Reichsger. bei Rassow u. Küntzel Beitr. Bd. 29 Beil.heft S. 996; v. Hahn zu Art. 250 § 2; oben Anm. 17; dagegen sollte die Bezeichnung: modificirtes Darlehn — Endemann H.R. § 54; Lastig S. 707, reprobirend R 12. 32 (99) — ganz vermieden werden.

[47]) So namentlich einige Entscheidungen des Reichsgerichts, die aber ein klares Prinzip vermissen lassen. Nach R.civ. 3. 5 (9) ist die Abrede, daß der stille G.er nur am Gewinn, nicht am Verlust theilnimmt, zwar weder gesetzlich unzulässig, noch erscheint sie an sich unvereinbar mit dem Wesen der stillen G. „Aber die Begriffsbestimmung des Art. 250 (gegen Antheil an Gewinn und Verlust) dient offenbar dem Zweck, festzustellen, unter welchen Voraussetzungen die für die stille G. geltenden Vorschriften des H.G.B.'s unmittelbar anwendbar sein sollen". Daraus wird gefolgert, daß, wenn auch der Privatwillkür Abweichungen von dieser Begriffsbestimmung nicht verschlossen seien, in einem solchen Fall die Anwendbar-

Digitized by Google

§ 92.
Rechtsverhältniß.[1]

Aus dem Begriff und dem Rechtscharakter ergeben sich für das Rechtsverhältniß der stillen Gesellschaft nachstehende Folgerungen:

I. Die stille Gesellschaft hat keine gemeinsame Firma. Die Firma, die der Komplementar, falls er nicht Kaufmann minderen Rechts ist, nach den Vorschriften des H.G.B.'s zu führen hat, ist lediglich sein eigener Handelsname.[2] Das Vorhandensein eines stillen Gesellschafters gewährt ihm nicht die Befugniß, eine Gesellschaftsfirma anzunehmen.[3] In den Fällen der sog. abgeleiteten oder übertragenen

keit der Vorschriften des H.G.B.'s doch nur auf den Willen der Kontrahenten zurückzuführen und es mithin vom Inhalt des Vertrages abhängig zu machen sei, ob und in wie weit eine Unterwerfung unter die Vorschriften des H.G.B.'s als vereinbart angesehen werden dürfe. — Eine andere Entsch. will nach dem Referat von Bolze Praxis I Nr. 1159 in einem solchen Fall eine stille G. nur annehmen, „wenn unzweideutige Momente dafür sprechen". Der Standpunkt des Reichsgerichts widerlegt sich durch folgende Erwägung. Wenn der Privatwillkür gestattet ist, von der gesetzlichen Begriffsbestimmung abzuweichen, ohne gegen das Wesen des Rechtsinstituts zu verstoßen, so heißt dies: die Legaldefinition ist keine wahre Begriffsbestimmung, sondern eine Beschreibung der regelmäßigen Gestaltung des Rechtsverhältnisses. In der That hat die Definition des Art. 250 Abs. 1 diese Bedeutung. Hieraus ist aber nicht die vom Reichsgericht gezogene Folgerung herzuleiten, sondern es folgt daraus zunächst nur, daß eine von der gesetzlichen Regel abweichende Gestaltung nur auf Grund eines unzweideutig erklärten Willens der Kontrahenten anzunehmen ist. Liegt aber eine derartige unzweideutige Erklärung vor, so müssen, falls die begriffsnothwendigen Erfordernisse der stillen G. gewahrt sind, auch die dieselbe betreffenden Vorschriften Anwendung finden, insoweit die letzteren nicht dem vermittelnden Recht angehören und durch den Willen der Kontrahenten für ausgeschlossen zu erachten sind. — Die Auffassung des Reichsgerichts führt zu dem unlöslichen Widerspruch, daß auch die Anwendung der schwer wiegenden, die stille G. betreffenden absoluten Vorschriften des H.G.B.'s, die einen entgegenstehenden Parteiwillen geradezu voraussetzen oder grundsätzlich unbeachtet lassen (Art. 257, 259, 261 Nr. 6 Abs. 2), von dem Willen der Kontrahenten, sich den Bestimmungen des H.G.B.'s über die stille G. zu unterwerfen, abhängig gemacht werden müßte. — Daß die „unzweideutigen Momente", die in der zweiten oben angef. Entsch. für die Annahme einer stillen G. gefordert werden, keine andere Bedeutung haben als die eben besprochene besondere Richtung des Parteienwillens, welche das erstgenannte Erk. verlangt, ist ohne Weiteres klar.

[1]) Lastig § 140; Renaud § 17—21; Auerbach Gesellsch. S. 166 f.; Handelsges. S. 233 f.; Endemann § 54; Gad S. 63 f.; Thöl § 110; Gareis § 25.

[2]) Art. 251 Abs. 1; zu vergl. oben § 91 Anm. 2 und 6.

[3]) Art. 251 Abs. 2; 16 Abs. 1.

Digitized by Google

Firmen sind gemäß den oben § 40 S. 256 ff. erörterten Bestimmungen auch beim Vorhandensein eines stillen Gesellschafters Abweichungen von dem Grundsatz der natürlichen Firmen (der Firmenwahrheit) gestattet. Jedoch ist für die stille Gesellschaft ebenso wie für die Kommanditgesellschaft allgemein vorgeschrieben, daß der Name des stillen Gesellschafters nicht in der Firma des Komplementars enthalten sein darf.[4])

II. Es giebt bei der stillen Gesellschaft kein Gesellschaftsvermögen.[5]) Das Handlungsvermögen ist Vermögen des Komplementars und daher, abgesehen von dem Fall, in welchem eine Handelsgesellschaft Komplementar ist, nicht rechtlich, sondern höchstens faktisch von seinem Privatvermögen gesondert.[6]) In dieser faktischen Bedeutung ist die Einlage, bezw. der Anspruch auf dieselbe, ein aktiver Bestandtheil des Handlungsvermögens und sind die Forderungen des stillen Gesellschafters eine Handelsschuld des Komplementars.[7])

III. Der stille Gesellschafter tritt regelmäßig nicht in direkte Beziehungen zu dritten Personen, sondern wird nur Gläubiger und Schuldner des Komplementars.[8]) Er haftet den Gläubigern des letzteren auch nicht in der Weise eines Kommanditisten, d. h. weder mit der geleisteten noch bis zum Betrage der rückständigen Einlage.[9])

IV. Auf das Vertragsverhältniß zwischen Komplementar und stillem Gesellschafter sind außer den unmittelbar auf die stille Gesellschaft bezüglichen Vorschriften des H.G.B.'s analog auch die das innere Verhältniß der Kommanditgesellschaft regelnden Bestimmungen

---

[4]) Art. 257 vgl. mit Art. 168; oben § 40 S. 255. Anm. 26; § 87 Anm. 9. Folgen der Uebertretung § 40 VII (S. 262 ff.); § 95 I.

[5]) Art. 252 Abs. 1; oben § 91 II. c.

[6]) Handelsgeschäft als Vermögensinbegriff, oben § 37 S. 202 ff.

[7]) Diese faktische Bedeutung wird rechtlich erheblich im Fall der Kundmachung der st. G., § 95 zu Anm. 38, ebenso wenn das Handelsgeschäft als Vermögensinbegriff seitens des Komplementars zum Gegenstand von Rechtsgeschäften gemacht wird, oben S. 206 f. Einfluß der Veräußerung des Handelsgeschäfts des Komplementars auf den Bestand der stillen G. § 94 zu Anm. 17.

[8]) Art. 256, Ausnahmen § 95.

[9]) Die in das Vermögen des Komplementars eingebrachte Einlage ist den Gläubigern desselben nicht wie die Einlage des Kommanditisten den Gläubigern der K.G. vinkulirt. Die Bestimmungen des Art. 259 lassen sich mit denen des Art. 165 Abs. 2 bis 5 nicht auf eine Stufe stellen, da der für letztere zurückzuweisende Gesichtspunkt einer Erweiterung der actio Paulliana sich in Betreff des Art. 259 allerdings als zutreffend erweist. Vgl. § 95 II.

Digitized by Google

zur Anwendung zu bringen, insoweit dieselben nicht einen Handelsbetrieb unter einer Gesellschaftsfirma oder das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens voraussetzen.[10]) Anwendbar sind auch die allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte, wobei indeß zu beachten, daß der Vertrag über die Eingehung einer stillen Gesellschaft in der Regel nur auf Seite des Komplementars Handelsgeschäft ist.[11])

Sofern Veranlassung ist, auf das bürgerliche Recht zurückzugehen, sind die die Societät des bürgerlichen Rechts betreffenden Rechtssätze zur Anwendung zu bringen.[12])

§ 93.

Rechte und Pflichten im Einzelnen.[1])

I. Der stille Gesellschafter ist verpflichtet[2]), die im Gesellschaftsvertrag bedungene Einlage zu leisten[3]). In Ermangelung einer Zeitbestimmung kann der Komplementar in der Regel sofortige Einbringung fordern[4]). Erfolgt die Einlage nicht zu der im Vertrage bestimmten

[10]) Die Analogie ist berechtigt, weil, wie oben § 91 zu Anm. 43 ff. hervorgehoben, die stille G. nach der dem H.G.B. zu Grunde liegenden Auffassung eine Parallelform der K.G. ist. Im Prinzip scheint hiermit Thöl § 110 Anm. 20 übereinzustimmen. Einzelnes im folg. §, besonders Anm. 34.

[11]) Oben § 91 zu Anm. 27.

[12]) Obwohl die stille G. keine G. im Sinn des bürgerlichen Rechts ist, § 91 zu Anm. 34, muß doch der Begriff der Societät, von dem das H.G.B. ausgeht, auch für das subsidiär anzuwendende bürgerliche Recht zu Grunde gelegt werden. Selbstverständlich sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die sich direkt auf vermögensrechtliche Gemeinschaft der Socien beziehen, nicht auf die stille G. anwendbar. — Uebrigens wird es nur selten nothwendig sein, bei der Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zwischen Komplementar und stillem Gesellschafter auf Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu rekurriren.

[1]) Literatur § 92 Anm. 1.

[2]) In Ermangelung einer besonderen Abrede fällt der Beginn der stillen Gesellschaft mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages zusammen, oben S. 468 Anm. 1.

[3]) Aliud pro alio kann nur mit Zustimmung des Komplementars geleistet werden. Die Befugniß des stillen G.ers zur Aufrechnung mit Forderungen, die ihm an den Komplementar zustehen, sowie zur Retention der geschuldeten Einlage bestimmt sich nach bürgerlichem Recht.

[4]) „Sofern nicht nach den Umständen oder nach dem H.gebrauch etwas Anderes anzunehmen ist", Art. 326. Ohne eine dahin gehende Vertragsbestimmung oder besondere Umstände, bezw. einen H.gebrauch, hat auch der Komplementar nicht die Befugniß, die Einlagepflicht zu theilen und ratenweise Leistung zu fordern. Einforderung der Einlage nach Auflösung der G. § 94 zu Anm. 12 f.; § 95 II.

Digitized by Google

Zeit, so treten wie bei der offenen und der Kommanditgesellschaft ohne Mahnung Verzugsfolgen ein[5]).

Pflicht und Recht zur Einbringung fallen regelmäßig zusammen[6]). Eine Einlage als stiller Gesellschafter kann nur derjenige leisten, dem vertragsmäßig die Stellung eines solchen eingeräumt ist[7]) und der Komplementar ist nur nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages zur Entgegennahme einer Einlage verbunden[8]). Der stille Gesellschafter ist ohne eine besondere Abrede weder befugt noch verpflichtet, die durch Geschäftsverluste absorbirte oder verminderte Einlage zu erneuern oder zu ergänzen[9]).

II. Einbringung oder Illation ist bei der stillen Gesellschaft der Akt, durch welchen die Uebertragung der zu inferirenden Gegenstände aus dem Vermögen des stillen Gesellschafters in das des Komplementars bewirkt wird[10]). Ueber die Erfordernisse der Illation in diesem Sinn entscheidet das bürgerliche Recht. Der Ausdruck bezeichnet aber auch, ähnlich wie bei der offenen Gesellschaft, die thatsächliche Einbringung körperlicher Sachen in den Gewahrsam des Komplementars. Die Illation in dieser letzteren Bedeutung ist an sich sowohl quoad dominium wie quoad usum möglich. Wenn es sich um Geld, verbrauchbare oder vertretbare oder andere mit einer Schätzung eingebrachte Sachen handelt, ist nach Analogie von Art. 91 Abs. 1 im ersten Sinn zu präsumiren[11]). Dagegen läßt sich die Be-

[5]) Nach Analogie von Art. 95; Thöl § 110 Anm. 20; Renaud S. 120; oben S. 481 f. Anm. 7. Als Erfüllungsort ist „nach der Natur des Geschäfts" (Art. 324) die Handelsniederlassung oder der Wohnsitz des Komplementars zur Zeit des Vertragsschlusses bezw. der Ort anzusehen, der nach dem Gesellschaftsvertrag den Mittelpunkt für den Handelsbetrieb des Komplementars bilden soll.

[6]) Oben S. 481.

[7]) Der Vertrag braucht aber nicht vor der Einbringung geschlossen zu sein, sondern kann auch stillschweigend durch Geben und Nehmen der Einlage zu Stande kommen, oben § 91 zu Anm. 29. Die Einlage eines sog. verantwortlichen Kapitals begründet nicht die Stellung eines stillen G.ers, R.civ. 4. 18 (67). Einlage des Komplementars Anm. 14.

[8]) Voraussetzungen und Folgen eines Annahmeverzuges des Komplementars bestimmen sich nach bürgerlichem Recht.

[9]) Die Verpflichtung bezw. die Befugniß zu Nachschüssen kann schon im G.vertrag festgesetzt sein, § 91 zu Anm. 12. Die Gültigkeit eines dahin gehenden nachträglichen Uebereinkommens ist an dieselben Voraussetzungen geknüpft wie der G.vertrag selbst, R 13. 19 (63 f.).

[10]) Vgl. hierzu und zum Folgenden oben S. 483 f., aber auch § 91 zu Anm. 11.

[11]) Oben S. 485. Die Anwendbarkeit dieser Präsumtion auf die stille G.

Digitized by Google

stimmung im zweiten Satz des genannten Artikels nicht auf die stille Gesellschaft übertragen [12]).

III. Der Komplementar ist verpflichtet, die Einlage dem Gesellschaftsvertrag entsprechend zu verwenden. Er haftet dem stillen Gesellschafter im Fall vertragswidriger Verwendung [13]). Ebenso ist er dafür verantwortlich, daß der Betrieb des Handelsgewerbes, an welchem sich der stille Gesellschafter betheiligt, in einer dem Gesellschaftsvertrag entsprechenden Weise stattfinde [14]). Seine Verpflichtung in dieser Hinsicht ist sowohl positiver wie negativer Art; sie erstreckt sich auf die Anwendung der erforderlichen Thätigkeit wie auf die Sorge dafür, daß die im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbarten oder stillschweigend vorausgesetzten Grenzen in Bezug auf Art und Umfang des Betriebs nicht überschritten werden [15]). Er wird mithin dem stillen Gesellschafter schadensersatzpflichtig, wenn Abweichungen von dem vertragsmäßig einzuhaltenden Gang des Handelsbetriebes eintreten, sofern sie auf ein Verschulden seinerseits zurückzuführen sind [16]).

---

bestreiten Thöl § 110 Anm. 20 und Renaud S. 117 unter Berufung auf Art. 252 Abs. 1. Indeß bedeutet letztere Bestimmung weder, daß die Einlage des stillen G.ers in das Eigenthum des Komplementars übergehen müsse, noch stellt sie eine Rechtsvermuthung hierfür auf, oben § 91 zu Anm. 11. Andererseits ist der innere Grund für die Vorschrift des Art. 91 Abs. 1 nicht das Vorhandensein eines G.vermögens, sondern die Beschaffenheit der inferirten Gegenstände.

[12]) Sofern die Verwendung für die Zwecke des H.gewerbes nicht direkt durch den stillen G.er geschieht. So wenn derselbe in Erfüllung seiner Einlagepflicht Dienste für das H.gewerbe leistet oder H.schulden des Komplementars bezahlt.

[13]) In der Regel wird in diesem Fall auch für den stillen G.er die Befugniß begründet sein, auf Grund des Art. 262 („wichtige Gründe") die Auflösung der G. zu verlangen; Z 15. 284; Bu. 18. 160; Centr.Org. N.F. 6 S. 359 ff.; Renaud S. 81 f.; Lastig S. 708, 735.

[14]) Der Komplementar kann durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet sein, den, wenngleich nur thatsächlich von seinem Privatvermögen geschiedenen Geschäftsfond mit einer Einlage auszustatten, insbesondere ein bestimmtes Kapital in die Geschäftskasse einzuzahlen, Bu. 28. 50; Renaud S. 113.

[15]) Die Grenzen, in denen der H.betrieb des Komplementars sich zu halten hat, können im G.vertrag mehr oder weniger genau bestimmt sein. Wenn der Komplementar zur Zeit der Eingehung des Vertrages bereits ein H.gewerbe betreibt, so ergiebt sich hieraus ein Anhaltspunkt. Würde es an jeder Maßgabe in dieser Beziehung fehlen, so würde der G.vertrag selbst wegen mangelnder Bestimmtheit ungültig sein. — Aenderung, Aufgeben, Veräußerung des H.betriebes, Renaud S. 134 ff.

[16]) Er haftet alsdann für den Schaden, der dem stillen Gesellschafter durch die Abweichung von dem ordnungsmäßigen Gang der Geschäfte entstanden ist, sofern er nicht nachzuweisen vermag, daß der Schaden auch ohne die Abweichung entstanden wäre. Auch findet der Schlußsatz des Art. 94 Anwendung.

Digitized by Google

Und zwar hat er für den Fleiß und die Sorgfalt einzustehen, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[17])

Will er sich gegen diese Verantwortlichkeit decken, so muß er die vorgängige Zustimmung des stillen Gesellschafters einholen in ähnlicher Weise wie die Zustimmung des Kommanditisten zu Geschäften nachzusuchen ist, die über den gewöhnlichen Betrieb der Kommanditgesellschaft hinausgehen[18]).

Das Kontrolrecht des stillen Gesellschafters stimmt ganz mit dem des Kommanditisten überein.[19])

Das Konkurrenzverbot ist bei der stillen Gesellschaft auf den Komplementar analog anzuwenden.[20]) Es ist als eine Vertragsverletzung anzusehen, wenn der Komplementar ohne Genehmigung des stillen Gesellschafters in dem Handelszweige, für dessen Betrieb die stille Gesellschaft eingegangen ist, anderweit Geschäfte für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten macht oder an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter oder als

---

[17]) Art. 94[1]; Thöl § 110 Anm. 20. Es ist der Maßstab zu Grunde zu legen, der sich aus dem allgemeinen Verhalten des Komplementars in seinen eigenen Angelegenheiten ergiebt. Auch bei der stillen G. ist es Sache des Komplementars, darzuthun, daß er nach diesem konkreten Maßstab Anspruch auf mildere Beurtheilung hat; sonst haftet er nach Art. 282 für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Keinenfalls wird der Komplementar durch die Rücksicht auf sein sonstiges Verhalten frei von der Haftung für grobes Versehen.

[18]) Oben S. 630. Vgl. Renaud S. 114.

[19]) Art. 253 übereinstimmend mit Art. 160 Abs. 1 und 3. Oben S. 630; Renaud S. 115; Lastig S. 738; R 13. 19 (64). Auch dann, wenn der Komplementar Minderkaufmann ist, liegt ihm die Verpflichtung jährlicher Rechnungslegung ob und er hat, wenn auch nicht gerade für kaufmännische Buchführung, so doch für Aufzeichnungen zu sorgen, die ihm die Erfüllung dieser Pflicht möglich machen. — Hat der stille G.er längere Zeit hindurch unterlassen, von seinem Kontrolrecht Gebrauch zu machen, so kann der Komplementar ohne besondere Gründe nicht angehalten werden, Bücher, Bilanz und Schriften für verflossene Geschäftsperioden mitzutheilen, Bu. 28. 494.

[20]) Von der N. C. ist es mit Recht für selbstverständlich erachtet worden, daß das Konkurrenzverbot auf den stillen G.er nicht anwendbar ist, Prot. 4545 f., v. Hahn zu Art. 253 § 2. Die Frage nach der Anwendbarkeit desselben auf den Komplementar der stillen G. ist dagegen auf der N. C. nicht erörtert worden und wird m. W. auch in der Literatur nicht besprochen. Es scheint fast, als betrachte man einen Konkurrenzbetrieb seitens des Komplementars von vorn herein als ausgeschlossen. Indeß sind die hierher gehörigen Fälle bei der stillen Gesellschaft nicht blos in abstracto ebenso gut denkbar, sondern auch die Veranlassungen hierzu sind ebenso gut möglich wie bei der Kommanditgesellschaft.

Digitized by Google

Komplementar Theil nimmt.[21]) Eine Genehmigung ist unter denselben Voraussetzungen anzunehmen wie bei der offenen und der Kommanditgesellschaft. Auch die Folgen des verbotswidrigen Handelns sind im Wesentlichen dieselben. Insbesondere kann der stille Gesellschafter auf Unterlassung des vertragswidrigen Betriebes klagen; er hat einen Anspruch auf Schadensersatz und bezüglich der vom Komplementar für eigene Rechnung[22]) geschlossenen Geschäfte alternativ hiermit das Recht zu verlangen, daß dieselben als für gemeinschaftliche Rechnung abgeschlossen betrachtet werden. Auch wird ein Konkurrenzbetrieb des Komplementars in der Regel als ein wichtiger, das Verlangen der Auflösung rechtfertigender Grund anzusehen sein. Nicht anwendbar auf die stille Gesellschaft ist die Bestimmung, nach welcher die Ausübung des Eintrittsrechts an eine dreimonatliche Frist geknüpft ist.[23])

---

[21]) Die das Vertragsverhältniß beherrschende bona fides führt in dieser Hinsicht für die stille G. zu denselben Ergebnissen wie für die K.G. und bezw. die offene G., oben S. 630 und S. 495 ff.

[22]) Oben S. 496 zu Anm. 12. Die Fassung an dieser Stelle ist nicht ganz korrekt. Das Eintrittsrecht steht allerdings nur in Betreff der Geschäfte zu, die der Komplementar in eigenem Namen gemacht hat, aber auch in Betreff dieser nur, wenn sie zugleich für eigene Rechnung geschlossen sind. Zur Begründung des Antrages genügt es, wenn der Abschluß in eigenem Namen dargethan ist; es ist alsdann im Wege der Einrede zu erweisen, daß derselbe nicht für Rechnung des Komplementars erfolgt ist, oben S. 325 Anm. 48. Nicht ausgeschlossen ist das Eintrittsrecht in den Fällen eines Abschlusses für gemeinschaftliche Rechnung in dem oben zu Anm. 20 erörterten Sinn.

[23]) Wollte man an eine analoge Ausdehnung der dreimonatlichen Frist auf die stille G. denken, so müßte doch jedenfalls ein anderer Zeitpunkt ihres Beginnes angenommen werden. Veranlassung zur Ausübung des Eintrittsrechtes ist für den stillen G.er nicht schon in dem Augenblick vorhanden, in welchem er von dem durch den Komplementar abgeschlossenen Geschäft Kenntniß erlangt (Art. 97 Abs. 2), sondern erst wenn sich herausstellt, daß dasselbe nicht auf die gemeinschaftliche Rechnung gebracht worden ist. Dies wird sich aber in der Regel erst aus der Bilanz, bezw. bei Prüfung derselben ergeben, wie überhaupt das sog. Eintrittsrecht des stillen G.ers in der Regel als eine Bemängelung der Bilanz wegen der bei Aufstellung derselben unberücksichtigt gelassenen Geschäfte geltend zu machen sein wird. Eine analoge Anwendung der dreimonatlichen Frist würde also dahin führen, dieselbe an die Zustellung der Bilanz oder an den Zeitpunkt zu knüpfen, in welchem billiger Weise die Prüfung der Bilanz erwartet werden kann, vielleicht mit einer Ausnahme in Betreff der Geschäfte, von denen der stille G.er zu dieser Zeit noch keine Kenntniß hatte oder haben konnte. Ein solcher Rechtssatz kann aber nicht durch Analogie begründet werden. In Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung ist vielmehr die Befugniß des stillen G.ers zur Bemängelung der Bilanz, wie überhaupt, so auch in der vorher angedeuteten Richtung nach den

Digitized by Google

III. Die auf den stillen Gesellschafter fallenden Gewinn- und Verlustantheile sind auf Grund der Jahresbilanz zu ermitteln.[24]) Seine Betheiligungsquote ist, wenn es an einer Vereinbarung fehlt, durch richterliches Ermessen festzustellen.[25]) Eine Verzinsung der Einlage findet ohne besonderes Uebereinkommen nicht statt.[26]) Der Verlust ist dem stillen Gesellschafter zur Last zu schreiben[27]), der Gewinn ihm auszuzahlen.[28]) In Höhe des nicht erhobenen Gewinnes ist der stille Gesellschafter Gläubiger des Komplementars, nicht aber wird, wie bei der offenen und der Kommanditgesellschaft, seine Einlage hierdurch vermehrt.[29]) Wenn die Einlage durch Geschäftsverluste absorbirt oder unter den ursprünglichen Betrag vermindert ist, so wird der später aufkommende Gewinn zunächst zur Wiederergänzung

---

Grundsätzen des H.R.'s und bezw. des bürgerlichen Rechts über Legung und Abnahme der Rechnungen zu beurtheilen.

[24]) Art. 255 Abs. 1; Renaud S. 124 f.; Lastig S. 738. Die vom Komplementar aufgestellte Bilanz muß dieser gegen sich gelten lassen, sofern sie nicht als ein Vergleichsvorschlag in Betreff streitiger Ansprüche zu betrachten ist, Centr.-Org. N. F. 8. 36 f.

[25]) Art. 254 gleichlautend mit Art. 162, oben S. 631.

[26]) Art. 255; Renaud S. 123; Lastig S. 706, 739. Auch der Komplementar darf sich ohne besondere Abmachung keine Zinsen seiner Kapitalseinlage gut schreiben. Verzinsung kraft Uebereinkommens, oben § 91.

[27]) Aber nur bis zum Betrag der eingezahlten oder rückständigen Einlage, Art. 255 Abs. 2. Oben S. 631; Renaud S. 132 f.; Lastig S. 739 f.

[28]) Art. 255 Abs. 1; Renaud S. 124; Lastig a. a. O. — Der stille Gesellschafter hat jedenfalls Anspruch auf Auszahlung und zwar auf sofortige Auszahlung seines Gewinnantheils, nicht blos wie die Mitglieder der o.Hg. und der K.G., falls derselbe dem Handlungsfond ohne offenbaren Nachtheil für den Geschäftsbetrieb entzogen werden kann; oben S. 501. Verzug des Komplementars verpflichtet denselben nach Art. 287 zur Zahlung von sechs Procent Verzugszinsen; wann Verzug anzunehmen, ist, sofern nicht der Fall des Art. 289 vorliegt, nach bürgerlichem Recht zu entscheiden. Verpflichtung zur Auszahlung des liquiden Saldos, wenn neben dem liquiden Betrag noch Streitpunkte vorhanden sind, Centr.Org. N. F. 8. 36. Den Gewinnantheil schuldet der Komplementar dem stillen G.er in dem Augenblick, in welchem die Rechnungsperiode abschließt; der Anspruch auf einen bestimmten Betrag ist erst nach Aufstellung der Bilanz möglich und der stille G.er muß, wenn der Komplementar mit derselben säumig ist, zunächst hierauf klagen; R 13. 19 (65). Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Komplementars ist der Ort der H.niederlassung, auch bezüglich der Auszahlung des Gewinnantheils an den stillen G.er, Renaud S. 125; v. Hahn zu Art. 255 § 1; a. M. Puchelt zu d. Art. und Anm. 4.

[29]) Falls nicht eine unzweideutige dahin gehende Vereinbarung getroffen ist, Art. 255 Abs. 3; Prot. 4546; R 13. 19 (66); Renaud S. 127; Lastig S. 739.

Digitized by Google

der Einlage verwendet.[30]) Dagegen braucht der Kommanditist den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht zurückzuerstatten und eben so wenig kann ohne seine Zustimmung der etwa aus früheren Jahren rückständige Gewinn zur Deckung von Geschäftsverlusten herangezogen werden.[31])

In Bezug auf die Verpflichtung zur Rückzahlung zuviel bezogenen Gewinnes entscheiden die Grundsätze des bürgerlichen Rechts; Art. 165 Abs. 6 ist auf den stillen Gesellschafter nicht anwendbar.[32])

IV. Die Berufung auf die Rechtswohlthat der Kompetenz ist bei Ansprüchen auf Grund der stillen Gesellschaft ebenso für ausgeschlossen zu erachten wie bei der offenen und der Kommanditgesellschaft.[33])[34])

---

[30]) Art. 255 Abs. 2 übereinstimmend mit Art. 161 Abs. 3; oben S. 632; Renaud S. 126; v. Hahn zu d. Art. § 3.

[31]) Die jährliche Gewinnvertheilung gilt wie bei der o. Hg. und der K.G. als Definitivum, nicht blos als provisorisch, oben S. 632; Prot. 4546; R 13. 19; v. Hahn zu d. Art. § 1; Renaud, Laſtig a. a. O.

[32]) Durch Art. 165 Abs. 6 ist der Kommanditist in Betreff der Zinsen und des Gewinnes, die er in gutem Glauben auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz bezogen hat, gegen alle Refundirungsansprüche geschützt, auch gegen diejenigen, die namens der G. erhoben werden könnten; oben S. 632. Insofern könnte man also an eine analoge Anwendung auf die stille G. denken. Indeß ist die gedachte Bestimmung doch wesentlich durch die Rücksicht auf die äußere Haftung der K.isten veranlaßt worden; auch ergiebt sich aus den Prot., daß die R.C. eine ähnliche Begünstigung des stillen G.ers nicht beabsichtigt hat, Prot. 1088 f.; Renaud S. 127.

[33]) Oben § 66 Anm. 1a. Für die Statthaftigkeit der Rechtswohlthat ist noch anzuführen Treitschke S. 225 ff.

[34]) In Bezug auf die das innere Verhältniß der o. Hg. und der K.G. betreffenden Bestimmungen des H.G.B.'s, deren Verwerthbarkeit für die stille Gesellschaft bisher nicht erörtert worden ist, mag hier noch bemerkt werden: a) der stille G.er steht ebenso wie der Kommanditist nach Art. 158 außerhalb der Geschäftsführung, kann aber gleich letzterem durch besonderes Abkommen an derselben betheiligt werden, Bu. 15. 117. b) Art. 93 (oben S. 476 ff.) ist auf den stillen G.er anwendbar. c) Art. 95 ist nicht blos, wie schon hervorgehoben, hinsichtlich der Verzinsung der nicht rechtzeitig eingezahlten Einlage, sondern auch in seinem übrigen Inhalt auf den stillen G.er anzuwenden, falls letzterer in der Lage ist, Geschäftsforderungen für den Komplementar einzukassiren oder Gelder aus der Geschäftskasse zu entnehmen. d) Art. 98 Abs. 1 kann bei der stillen G. überhaupt nicht in Betracht kommen; Abs. 2 findet in dem Sinn Anwendung, daß das G.verhältniß als solches weder seitens des Komplementars, noch seitens des stillen G.ers übertragbar ist; Thöl § 110 Anm. 20. Uebertragbar sind dagegen die aus dem G.verhältniß hervorgehenden Ansprüche, sofern deren Geltendmachung nicht wie z. B. des dem st. G.er zustehenden Kontrolrechts durch die Stellung als G.er bedingt ist. Vgl. auch § 94 zu Anm. 17.

Digitized by Google

§ 94.

Auflösung. Liquidation. Auseinandersetzung.[1])

I. Die Beendigung der stillen Gesellschaft ist nur im Wege der Auflösung möglich; der Austritt einzelner Mitglieder unter Fortbestand der Gesellschaft ist undenkbar.[2]) Mit Ausnahme des Gesellschaftskonkurses, der nicht vorkommen kann, weil es an einem Gesellschaftsvermögen fehlt, sind die Auflösungsgründe die gleichen wie für die Kommanditgesellschaft.[3]) Das bei der Kommanditgesellschaft den Privatgläubigern der Gesellschafter zustehende Kündigungs-

[1]) Lastig S. 740 ff.; Renaud § 25—33; Thöl § 112, 113; Endemann H.R. § 54; Gad S. 64; Gareis S. 125 f.; Auerbach Gesellsch. S. 156 f.; Handelsges. S. 234.

[2]) Weil die stille G. immer nur aus zwei Mitgliedern, dem Komplementar und dem stillen G.er, besteht, oben § 91 zu Anm. 32.

[3]) Art. 261, 262 vergl. mit Art. 170, 123—125; dazu oben § 92 II, auch § 78 S. 539 ff. Gleich der K.G. wird die stille G. durch Ereignisse, welche die Person des stillen G.ers betreffen (Tod, Verlust der Fähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung) nicht beendet, Cl und A 3. 425. Mit Recht folgert Renaud S. 164 hieraus, daß auch die Auflösung einer als stiller G.er betheiligten juristischen Person oder Handelsgesellschaft das Erlöschen der stillen G. nicht herbeiführt. Nicht zu billigen ist es aber, wenn er annimmt, daß in solchen Fällen die stille G. mit denjenigen Personen fortbestehe, denen das Vermögen der aufgelösten juristischen Person oder Handelsgesellschaft zufällt. Vielmehr erklärt sich der Fortbestand der stillen G. in der Weise, daß die Auflösung der juristischen Person oder Handelsgesellschaft in Bezug auf das durch die Eingehung der stillen G. begründete Rechtsverhältniß als nicht eingetreten betrachtet wird, daß jene trotz der Auflösung insoweit noch als vorhanden gelten. Für die Handelsgesellschaften, einschließlich der Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften, ergiebt sich diese Auffassung unmittelbar aus dem H.G.B., bezw. dem Reichsges. vom 4. Juli 1868 und 13. Juli 1884; sie dürfte aber auch, wenigstens nach gemeinem Recht, für die juristischen Personen im Allgemeinen gerechtfertigt sein; Windscheid I § 62; Stobbe I (2. Aufl.) S. 439. — Auflösung durch Kündigung R 13. 132 (418). Wegen Wegfalls des Gegenstandes Bu. 24. 343. Aus wichtigen Gründen: wegen mangelnder Rentabilität R 12. 32 (100); wegen Untreue Bolze Praxis I Nr. 1162; wegen vertragswidriger Verwendung der Einlage des stillen G.ers Z 15. 284; wegen Störung der persönlichen Beziehungen Bu. 24. 325; sonstige wichtige Gründe Centr.Org. N. F. Bd. 6 S. 359 f. Das Vorhandensein eines wichtigen Grundes berechtigt zum Rücktritt; das Urtheil hat wie bei der o. Hg. und der K.G. nur die Bedeutung, die Berechtigung zum Rücktritt festzustellen; oben S. 542 Anm. 12. Schweigen eines G.ers auf die Rücktrittserklärung des anderen ist nicht ohne Weiteres als Zustimmung zur Auflösung zu deuten; R 12. 32 (102 f.).

Digitized by Google

recht ist hier unter den gleichen Voraussetzungen den Gläubigern des stillen Gesellschafters eingeräumt.[4])

II. Für eine Liquidation in der Bedeutung, wie dieselbe bei den Handelsgesellschaften stattfindet, ist bei der stillen Gesellschaft kein Raum.[5]) Was das Gesetz so nennt, ist lediglich die Abwickelung der zur Zeit der Auflösung noch schwebenden Geschäfte, an deren Ergebniß der stille Gesellschafter trotz der Beendigung des Societätsverhältnisses betheiligt bleibt. Dieselbe ist durch den Komplementar zu bewirken.[6]) Die Bestimmungen über richterliche Ernennung und Abberufung von Liquidatoren sind auf sie nicht anwendbar.[7]) Dagegen kann nach Analogie von Art. 130 Abs. 4 der stille Gesellschafter, falls die Abwickelung eine längere Zeitdauer in Anspruch nimmt, am Schluß eines jeden Geschäftsjahres Abrechnung über die inzwischen erledigten Geschäfte sowie Auszahlung der ihm hiernach gebührenden Beträge nebst einem Nachweis über den Stand der laufenden Geschäfte fordern.[8])

III. Die unmittelbare Wirkung der Auflösung ist derjenigen ähnlich, die bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft in Bezug auf das innere Verhältniß ein-

---

[4]) Art. 263: Die Bestimmung des Art. 126 gilt auch zu Gunsten der Privatgläubiger des stillen G.ers. Daß es inkorrekt ist, wenn das Gesetz von „Privatgläubigern" des stillen G.ers spricht, hat bereits v. Hahn hervorgehoben. Ebenso sollte das „auch" fehlen, denn Art. 126 findet bei der stillen G. nur auf die Gläubiger des stillen G.ers, nicht auf die des Komplementars Anwendung; Renaud S. 169; Puchelt zu Art. 263. Ueber Art. 126 oben S. 541.

[5]) Weil keine Gemeinschaft des H.gewerbes besteht; Renaud S. 172, Lastig S. 744. Außer im Art. 265 braucht das H.G.B. den Ausdruck L. auch im Art. 271 in der Bedeutung einer Abwickelung von Geschäften, die für gemeinschaftliche Rechnung eingegangen sind. Der kaufmännische Sprachgebrauch verwendet das Wort auch wohl für die Abwickelung von Geschäften eines Einzelkaufmannes, vgl. oben S. 260 Anm. 43 a. E.

[6]) Art. 265[2]: Der Inhaber des H.gewerbes besorgt die Liquidation der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte. Die Aehnlichkeit dieser Bestimmung mit Art. 130 Abs. 3 ist unverkennbar; nur muß der stille G.er sich die Abwickelung der schwebenden Geschäfte durch den Komplementar auch dann gefallen lassen, wenn dieser den H.betrieb einstellt.

[7]) Art. 133 Abs. 2, Art. 134, oben S. 569 f. Auch im Fall des Art. 130 Abs. 3 bleiben diese Bestimmungen außer Anwendung. Dadurch sind aber prozessualische Maßregeln des stillen G.ers, die auf Herbeiführung der dem Komplementar obliegenden Liquidation gerichtet sind, nicht ausgeschlossen.

[8]) Oben S. 559 f.

Digitized by Google

tritt.[9]) Das Gesellschaftsverhältniß wirkt nicht mehr, insoweit dasselbe das Bestehen eines Handelsbetriebes für gemeinschaftliche Rechnung voraussetzt;[10]) es ist dagegen auch nach der Auflösung wirksam für die Regulirung der während des Bestehens der Gesellschaft begründeten gegenseitigen Beziehungen.[11]) Hieraus ergiebt sich insbesondere, daß mit der Auflösung die Einlagepflicht des stillen Gesellschafters wegfällt.[12]) Später fällig werdende Einlagen können überhaupt nicht von ihm beansprucht werden. Seine Verbindlichkeit hinsichtlich der bereits verfallenen Beträge wird zwar durch die Auflösung der Gesellschaft nicht beseitigt; indeß liegt, nachdem dieselbe eingetreten ist, auch in Betreff ihrer nicht mehr eine Einlageverpflichtung vor, sondern ein das Konto des stillen Gesellschafters belastender Schuldposten, der bei der Schlußrechnung in Betracht kommt, aber nicht selbständig geltend gemacht werden kann. Abweichungen von vorstehenden Grundsätzen treten ein, wenn der Komplementar darzuthun vermag, daß er der versprochenen Einlagen zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte bedarf.[13])

IV. Die Art, wie die Gesellschafter nach eingetretener Auflösung ihre gegenseitigen Beziehungen reguliren wollen, ist zunächst ganz ihrem Ermessen anheimgestellt.[14]) Sie können die Regulirung beliebig hinausschieben;[15]) unter Umständen wird eine endgültige Regelung ganz

---

[9]) Oben S. 563 f. Auch die stille G. hat „eine produktive Seite". Nur wirkt dieselbe (regelmäßig) nicht nach Außen, sondern lediglich auf das Verhältniß der G.er zu einander.

[10]) Mit der Auflösung wird die analoge Anwendbarkeit des Konkurrenzverbotes beseitigt, oben S. 564. An den nach der Auflösung vom Komplementar eingegangenen Geschäften ist der stille G.er nicht mehr betheiligt, außer insoweit deren Eingehung zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte erforderlich war.

[11]) Die zur Geltendmachung der gegenseitigen Ansprüche zu Gebote stehende Klage ist die actio pro socio; oben S. 559 Anm. 21.

[12]) Vgl. zum Folgenden Renaud S. 174 f.

[13]) Insoweit steht dem Komplementar sowohl die Befugniß zur Einforderung der bereits vor der Auflösung verfallenen wie der erst später fällig werdenden Einlagen (letzterer aber nur vom Zeitpunkt der Fälligkeit an) zu, da das G.verhältniß Behufs der Abwickelung der schwebenden Verbindlichkeiten noch als fortbestehend gilt. Daß dem Komplementar im Gegensatz zu den Liquidatoren der H.g.en, oben S. 576 f., der Beweis obliegt, daß und in wie weit er die Einlagen zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte nöthig hat, erscheint schon deswegen gerechtfertigt, weil die Einlagen doch immer in sein Vermögen übergehen.

[14]) Oben S. 564.

[15]) Für die Ansprüche, die in Folge der Auflösung dem stillen G.er und bezw.

Digitized by Google

entbehrlich sein. So wenn die Gesellschafter sich nachträglich über eine Erneuerung der aufgelösten Gesellschaft einigen[16]) oder wenn mit beiderseitigem Einverständniß an Stelle des bisherigen ein neuer Komplementar oder ein neuer stiller Gesellschafter tritt.[17])

V. Die regelmäßige Folge der Auflösung ist die Auseinandersetzung zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter[18]) und zwar ist für dieselbe, abgesehen von den etwa schwebenden Geschäften[19]) der Zeitpunkt der Auflösung maßgebend.[20]) Für diesen Zeitpunkt ist das Kapitalkonto des stillen Gesellschafters festzustellen.[21]) Auf letzterem erscheint der Geldwerth der geleisteten Einlage als Guthaben[22]), während die den stillen Gesellschafter treffenden Verlust-

dem Komplementar zustehen, ist, mit Ausnahme der Ansprüche aus den schwebenden Geschäften, mit dem Augenblick der Auflösung actio nata vorhanden. In Bezug auf die Verjährung derselben entscheiden die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über Verjährung der actio pro socio. Die sog. Unverjährbarkeit der Theilungsklage (Windscheid § 106 a. E.) findet keine Anwendung.

[16]) Eine Fortsetzung der G. in dem oben § 79 angenommenen Sinn, daß die neue G. Dritten gegenüber als identisch mit der früheren betrachtet wird, kann hier nicht in Frage kommen.

[17]) Der Komplementar veräußert das Handelsgeschäft und der stille G.er verbleibt mit dem Erwerber in einem G.verhältniß. Der stille G.er überträgt mit Zustimmung des Komplementars seine Einlage und sein Betheiligungsrecht an einen Dritten. In beiden Fällen wird die alte G. aufgelöst, ohne daß sich an dieselbe eine Auseinandersetzung unter den bisherigen G.ern zu knüpfen braucht.

[18]) Art. 265[1]: Nach Auflösung der stillen G. muß der Inhaber des H.gewerbes sich mit dem stillen G.er auseinandersetzen und die Forderung desselben in Gelde berichtigen. „Muß" bedeutet: der stille G.er hat einen dahin gehenden Anspruch.

[19]) Sind zur Zeit der Auflösung noch Geschäfte in der Schwebe, so hat die Auseinandersetzung naturgemäß nur einen vorläufigen Charakter.

[20]) Wenn nach dem G.vertrag ein ungewisses Ereigniß die Auflösung der G. zur Folge haben soll, oben S. 540, so ist für die Auseinandersetzung der Zeitpunkt maßgebend, in welchem der Komplementar vom Eintritt des betr. Ereignisses Kenntniß erlangt hat oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt haben konnte. Hat der stille G.er die Auflösung der G. aus einem wichtigen Grund verlangt, so entscheidet der Zeitpunkt, in welchem das Verlangen dem Komplementar zugegangen ist.

[21]) Die Auseinandersetzung im Sinne des Art. 265 hat den Charakter einer Abrechnung, Regelsberger in Endem. Handb. II S. 466. Sie theilt denselben mit den jährlichen Bilanzen, an deren letzte sie sich anzuschließen hat, indem sie mit dem aus ihr sich ergebenden Saldo des Kapitalkontos als Vortrag beginnt.

[22]) Als ein Guthaben des stillen Gesellschafters, wenngleich nicht auf Kapitalkonto, kommt für die Auseinandersetzung auch der Betrag seines Gewinnantheiles

Digitized by Google

beträge auf der Debetseite figuriren.[23]) Der sich hiernach zu Gunsten des stillen Gesellschafters ergebende Saldo bildet die ihm auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses zustehende Forderung an den Komplementar. Umgekehrt kann sich eine Schuld des stillen Gesellschafters ergeben, falls derselbe die während des Bestehens der Gesellschaft verfallene Einlage nicht geleistet hat.[24]) In beiden Fällen aber geht der Anspruch und bezw. die Verpflichtung auf eine Geldsumme. Der stille Gesellschafter hat weder einen Anspruch auf Rückgabe der inferirten Gegenstände in Natur, noch ist er verpflichtet, dieselben zurückzunehmen, sofern die Illation nicht blos zum Gebrauch oder zur Benutzung geschehen ist.[25])

VI. Die Legung der für die Auseinandersetzung erforderlichen Schlußrechnung gehört ebenso wie die Anfertigung der Jahresbilanz zu den Obliegenheiten des Komplementars. Er hat zu diesem Behuf die Endbilanz aufzustellen; dem stillen Gesellschafter steht in Betreff derselben das gleiche Prüfungsrecht zu wie hinsichtlich der jährlichen Abschlüsse.[26]) In der Regel wird sich erst aus

---

seit dem letzten Geschäftsabschluß in Betracht. Dagegen gehört der nicht erhobene Gewinn früherer Geschäftsperioden nicht in die Auseinandersetzung. (Auf Kapitalkonto ist der nicht erhobene Gewinn zu buchen, wenn verabredet ist, daß derselbe zur Verstärkung der Einlage dienen soll oder wenn er gemäß Art. 255² zur Ergänzung der durch Verluste verminderten Einlage verwendet wird.)

[23]) Auch die vom stillen G.er in Folge nicht rechtzeitiger Einzahlung der Einlage verschuldeten Verzugszinsen und Konventionalstrafen sind bei der Auseinandersetzung zu berücksichtigen.

[24]) Die verfallene Einlage ist nach der Auflösung insoweit zu leisten, als sie, wenn während des Bestehens der G. eingezahlt, durch Geschäftsverluste vermindert worden wäre.

[25]) Art. 265¹; oben Anm. 18. Nicht blos der Inhaber des H.gewerbes muß die Forderung des stillen G.ers in Geld berichtigen, sondern es gilt dies auch für die Forderung des Komplementars an den stillen G.er, falls eine solche sich bei der Auseinandersetzung herausstellt. Auch diese Forderung ist eine Geldforderung, gleichviel welcher Beschaffenheit die Einlage war, die nach dem G.vertrag hätte geleistet werden müssen.

[26]) Die Pflicht des Komplementars zur Rechnungslegung ergiebt sich aus der Natur der Sache, ist aber auch im Art. 265 Abs. 1 ausgesprochen. Der Komplementar genügt dieser Pflicht durch Aufstellung einer gehörigen Endbilanz. Nur ausnahmsweise (aus wichtigen Gründen Art. 253 Abs. 2) kann eine weitere Rechenschaft von ihm gefordert werden. Vgl. auch oben S. 493 und über die Rechnungslegung nach Auflösung des G.verhältnisses im Allgemeinen Laband Forts. zu Renaud S. 243. Der Pflicht des Komplementars zur Legung der Rechnung steht sein Recht auf Abnahme derselben, bezw. auf Entlastung gegenüber, Laband a. a. O.

Digitized by Google

der Schlußrechnung ergeben, ob und in welcher Höhe dem stillen Gesellschafter ein Anspruch zusteht. Nur ausnahmsweise ist letzterer in der Lage, ohne eine vom Komplementar gelegte Schlußrechnung, sei es auf Grund der letzten Bilanz, sei es nach einer von ihm selbst aufgestellten Berechnung, sofort einen bestimmten Betrag zu fordern. In allen anderen Fällen ist er genöthigt, zunächst präparatorisch auf Rechnungslegung zu klagen.[27])

VII. Die vorstehenden Grundsätze kommen auch zur Anwendung, wenn die stille Gesellschaft durch den Konkurs des Komplementars oder des stillen Gesellschafters aufgelöst wird.[28]) Die Auseinandersetzung erfolgt hier außerhalb des Konkurses; der in Konkurs verfallene Gesellschafter wird dabei durch seinen Konkursverwalter vertreten[29]), ebenso hat an Stelle des verganteten Komplementars der Konkursverwalter die Liquidation der zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte zu bewirken.[30]) Die Forderung des stillen Gesellschafters, die sich bei der Auseinandersetzung herausstellt, ist im Konkurs des

---

[27]) Der stille G.er hat, wenn er nicht von der Theilnahme am Geschäftsverlust befreit ist, von vorn herein nur einen bedingten Anspruch auf den Betrag seiner Einlage, insoweit sie nicht durch den ihn treffenden Verlustantheil aufgezehrt ist. Wenn er daher einen bestimmten Betrag fordert, gehört die Behauptung, daß dieser Betrag der ihm nach dem Endergebniß zukommende Saldo ist, zur Begründung der Klage. Vgl. R 13. 94 (274); 23. 44 (130); Bolze Praxis I No. 1161; Gruchot (Rassow u. Küntzel) Beitr. Bd. 29 Beil. S. 1002; Seu. 39. 123; Bu. 14. 125; 16. 174.

[28]) Art. 258; dazu R 14. 38 (92); Gruchot (Rassow u. Küntzel) Beitr. Bd. 29 Beil.heft S. 996, 998 ff.; Lastig S. 741 f.; Renaud § 29, 32 (S. 167, 175 f.). Anders nach den Beschlüssen 2. Les., nach denen der stille G.er im Konkurs des Komplementars hinter sämmtlichen Gläubigern des letzteren rangirte, v. Hahn zu Art 258 § 2; Renaud S. 176; Zusatz zu § 95. — Fortsetzung der G. trotz Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Komplementars oder des stillen G.ers Renaud S. 169.

[29]) R.Konk.O. § 14; dazu Laband in der Fortsetzung zu Renaud S. 245; Reichsger. bei Gruchot a. a. O. S. 998 ff. „Die Auseinandersetzung erfolgt zunächst nicht im Prozeßwege, sondern auf gütlichem Wege durch Vertrag". Befugniß der Konkursgläubiger, die Behufs der gütlichen Auseinandersetzung vom Konkursverwalter abgegebenen Erklärungen anzufechten, ebend. S. 1001. — Auch die Klage auf Rechnungslegung (oben zu Anm. 26) ist gegen den Konkursverwalter zu richten. Vermag der stille G.er, ohne daß vom Komplementar Rechnung gelegt ist, die Höhe des ihm zustehenden Guthabens darzuthun, so kann er seine Forderung sofort zur Konkursmasse anmelden, a. a. O. S. 1002.

[30]) Bei Abwickelung der schwebenden Geschäfte durch den Komplementar kommen die § 15—21 R.Konk.O. zur Anwendung.

Digitized by Google

Komplementars als Konkursforderung geltend zu machen[31]), während der stille Gesellschafter, der mit der Einlage im Rückstand ist, den Betrag derselben insoweit zur Konkursmasse einzuzahlen hat, als zur Deckung des ihn treffenden Verlustantheiles erforderlich ist.[32]) Umgekehrt gehört im Konkurse des stillen Gesellschafters der Anspruch des Komplementars zu den Konkursforderungen, die Forderung an denselben zu den Aktiven der Konkursmasse.[33]) Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung steht in beiden Fällen nur auf Grund besonderer Sicherheitsbestellung zu.[34]) In Ermangelung einer solchen hat insbesondere der stille Gesellschafter auch den Privatgläubigern des Komplementars gegenüber kein Absonderungsrecht.[35])

---

[31]) Art. 258[1]. Der stille G.er kann möglicherweise in der Lage sein, noch andere Forderungen im Konkurse des Komplementars geltend zu machen, so wegen des nicht erhobenen Gewinnes oder der Zinsen aus früheren Geschäftsjahren, oben § 93 zu Anm. 28. Auch der Anspruch des vom Verlust befreieten stillen G.ers ist als Konkursforderung geltend zu machen, nicht dagegen das Verlangen auf Rückgabe der nur quoad usum inferirten Einlage, R.Konk.Ordn. 35, 38.

[32]) Art. 258[2]. Gegen diese Bestimmung de lege ferenda Puchelt zu d. Art. Anm. 5, dessen Bedenken indeß nicht beizutreten ist. Daß nach der gesetzlichen Vorschrift der mit der Einlage im Rückstand verbliebene stille G.er unter Umständen besser fortkommt, als derjenige, der seine Verpflichtung erfüllt hat, ist richtig; Beispiele bei Renaud S. 120, 180 und Puchelt, allein dies ist, wie Renaud zutreffend bemerkt, nur eine Konsequenz des Grundsatzes, daß die stille G. ein blos internes Verhältniß ist. Der stille G.er, der mit der Einlage im Rückstand ist, befindet sich in der Stellung eines Schuldners, der mit einer Forderung an den Gemeinschuldner kompensiren kann. — Auch der Fall, in welchem der stille G.er vor der Konkurseröffnung mit Leistung der Einlage im Verzuge war, ist nicht, wie Renaud S. 121 meint, anders zu behandeln; nur erhöht sich hier die Schuld des stillen G.ers um das Verzugsinteresse. Rückständig ist die Einlage im Sinn des Art. 258[2] nur, soweit sie bis zur Auflösung der G. verfallen ist, oben § 94 III.

[33]) Renaud S. 167; Lastig S. 742.

[34]) R.Konk.O. § 44 ist nicht anwendbar, Motive zur Konk.O. S. 225; Petersen Konk.O. S. 227; Reichsgericht bei Gruchot (Rassow u. Küntzel) Bd. 29 Beil.heft S. 996. Vgl. auch R 14. 38 (92). Anfechtung der Sicherstellung auf Grund von Art. 259 s. folg. §.

[35]) Wenn der Komplementar eine Hg. ist, sind am Konkurse derselben selbstverständlich nur die G.gläubiger, nicht die Privatgläubiger der G.er betheiligt.

Digitized by Google

§ 95.
Rechtsverhältniß zu Dritten[1]).

Obwohl die stille Gesellschaft begrifflich nur ein Rechtsverhältniß zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter begründet, kann doch unter gewissen Voraussetzungen eine Haftung des stillen Gesellschafters gegenüber dritten Personen entstehen.

I. Wenn der Name des stillen Gesellschafters in der Firma des Komplementars enthalten ist[2]), haftet derselbe gleich einem offenen Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten, die unter der Firma des Komplementars oder in erkennbarer Beziehung auf dieselbe begründet sind[3]). Die Haftung tritt nicht ein, wenn der stille Gesellschafter sich über die Führung seines Namens in der Firma des Komplementars in entschuldbarer Unkenntniß befand oder in kundbarer Weise hiergegen protestirt hat[4]). Dagegen wird der Anspruch der Gläubiger

---

[1]) Lastig § 141, 142 (S. 745 ff.); Renaud § 22—24 (S. 137 ff.); Auerbach Gesellsch. S. 167, 171; Handelsges. S. 234, 236 f.; Endemann § 54 III; Thöl 111, 112, 114; Gareis 123, 126.

[2]) Art. 257; ebenso in Betreff der K.G. Art. 168, oben S. 645. Die Bestimmung bezieht sich auch auf die sog. abgeleiteten Firmen, dagegen nicht auf diejenigen Fälle, in denen der Komplementar ein Kaufmann minderen Rechts ist, da dieser keine Firma im Sinn des H.G.B.'s führt, Thöl § 111 Anm. 22. — Art. 257 ist ferner nur dann anwendbar, wenn der Name des stillen G.ers, nicht wenn ein mit dem des stillen G.ers gleichlautender Name einer anderen Person in der Firma enthalten ist. So haftet der stille G.er nicht auf Grund des Art. 257, wenn die Firma den mit dem seinigen übereinstimmenden Namen des Komplementars enthält, Renaud S. 148; a. M. Puchelt zu d. Art. Anm. 2. — Ob der Name des stillen G.ers allein oder in Verbindung mit dem des Komplementars in der Firma enthalten ist, macht keinen Unterschied.

[3]) Der stille G.er haftet „den Gläubigern der G. persönlich und solidarisch". Die Fassung ist inkorrekt; G.gläubiger giebt es bei der stillen G. nicht; v. Hahn zu d. Art. § 3. Die Bedeutung ist: der stille G.er haftet, wie wenn eine o. Hg. bestände. Also nicht, wenn der Komplementar nicht im Zusammenhang mit dem H.gewerbe kontrahirt hat; vgl. Art. 114[2]. Eine weiter gehende Fiktion des Vorhandenseins einer o. G. stellt das Gesetz nicht auf. Vgl. Thöl, Renaud a. a. O.; Puchelt zu d. Art. Anm. 3.

[4]) Im Wesentlichen mit dem Text übereinstimmend v. Hahn; Puchelt, Lastig; für das frühere Recht Treitschke S. 169 f.; abweichend Thöl, Renaud, zweifelnd R 23. 18 (54). — Zur Begründung des Anspruches aus Art. 257 (ebenso aus Art. 168) gehört der Nachweis, daß der in Anspruch Genommene stiller G.er (oder Kommanditist) ist. Sache der Einrede ist es darzuthun, daß die den Namen des Beklagten enthaltende Firma ohne sein Wissen oder gegen seinen Willen vom Komplementar geführt worden ist. Daß hierbei nicht jede

Digitized by Google

nicht durch den Einwand beseitigt, daß ihnen die Stellung des stillen Gesellschafters bekannt gewesen sei[5]).

II. An sich haben die Gläubiger des Komplementars weder einen Anspruch darauf, daß der stille Gesellschafter die versprochene Einlage leiste noch darauf, daß die eingebrachte Einlage dem Geschäftsfond des Komplementars nicht wiederum entzogen werde. Sie können nach bürgerlichem Recht die Rückgabe oder den Erlaß der Einlage nur anfechten, falls die Voraussetzungen der Paullianischen Klage vorhanden sind[6]). Das H.G.B. hat ihnen neben der actio Paulliana für folgende Fälle einen weiter gehenden Rechtsschutz gewährt[7]).

Unkenntniß, sondern nur diejenige, die bei Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt unvermeidlich war, zu berücksichtigen ist, liegt in der Natur der Sache. Der Protest kann gegenüber einzelnen Personen erklärt oder öffentlich verlautbart sein. Wann im letzteren Fall Kundbarkeit des Protestes anzunehmen, bestimmt sich nach den oben S. 228 f. entwickelten Grundsätzen. — Die Klage aus Art. 227 ist nicht zu verwechseln mit der möglicherweise ebenfalls gegen den stillen G.er zuständigen actio doli, oben S. 255[26].

[5]) In Folge der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung des stillen G.ers hat seine Namhaftmachung in der Firma des Komplementars immer zugleich den Charakter einer von ihm selbst ausgehenden Willenserklärung.

[6]) Gegenwärtig im Deutschen Reich nach den Bestimmungen des 3. Tit. der R.Konk.Ordn. und des Reichsges. vom 21. Juli 1879, in Oesterreich nach dem Ges. vom 16. März 1884. (Die Bestimmung im § 24 der österr. Konk.O., die auf das allgemeine bürgerliche Recht verwies, ist durch dieses Gesetz antiquirt.)

[7]) Die actio Paulliana sollte durch Art. 259 nicht ausgeschlossen werden; v. Hahn § 3; andererseits ist Art. 259 durch § 3 Abs. 1 des E.G. zur R.Konk.Ordn. aufrecht erhalten; vergl. Mot. hierzu S. 464 f.; Petersen Konk.Ordn. S. 542 f. Ueber das Verhältniß des Art. 259 zu den Bestimmungen der R.Konk.Ordn. überhaupt Fitting R.konkursrecht S. 147 Anm. 10; Otto Anfechtungsrecht S. 206 f.; Cosack Anfechtungsrecht S. 217 f.; unten Anm. 26. Zweifelhaft erscheint es, ob der Fortbestand des Art. 259 in Oesterreich anzunehmen ist mit Rücksicht auf die ganz allgemein lautende derogatorische Klausel im § 52 des österr. Anfechtungsgesetzes, welche „alle auf die Gegenstände dieses Gesetzes sich beziehenden gesetzlichen Vorschriften außer Kraft setzt, insoweit sie mit dem Inhalt desselben nicht vereinbar sind". Menzel Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österr. Recht. Erste Abth. Wien 1886 S. 26 Anm. 64 nimmt die Fortgeltung an; die Auseinandersetzung mit § 52 ist wohl der z. Z. noch nicht erschienenen zweiten Abth. vorbehalten. Einer freundlichen brieflichen Mittheilung des Herrn Verf. entnehme ich, daß in den Motiven des österr. Anf.Ges. die Frage nicht berührt wird, ebenso wenig in dem vom Verf. des Entwurfes, Ministerialrath Steinbach, herrührenden Kommentar (Wien 1884), daß dagegen Gretscher sich in der österr. Gerichtszeitung von 1884 S. 196 ohne Angabe von Gründen für die Aufrechthaltung des Art. 259 ausspricht. Herr Dr. Menzel fügt hinzu,

Digitized by Google

a) Wenn die Gesellschaft durch Uebereinkunft zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter aufgelöst ist[8]), so können die Konkursgläubiger des Komplementars die Rückzahlung der Einlage an den stillen Gesellschafter anfechten, falls innerhalb eines Jahres nach der Auflösung Konkurs über das Vermögen des Komplementars eröffnet ist[9]). Die Anfechtungsbefugniß beruht auf der Vermuthung, daß die Umstände, die den Konkurs veranlaßt haben, bereits im Zeitpunkt der Auflösung vorhanden waren; sie fällt fort, wenn der stille Gesellschafter darthut, daß die Veranlassung des Konkurses erst später eingetreten ist[10]).

b) Die gleiche Anfechtungsbefugniß haben die Konkursgläubiger

daß er selbst hauptsächlich deswegen der gleichen Ansicht sei, weil das Recht der Gläubiger nach Art. 259 von dem Anfechtungsrecht, trotz einer gewissen Verwandtschaft, in wesentlichen Punkten abweiche. Die Anfechtbarkeit der Zahlungen nach dem Anfechtungsgesetz beruhe auf dem Gedanken des sog. materiellen Konkurses; mit diesem habe der Thatbestand des Art. 259 nichts zu thun. Derselbe hänge vielmehr auf das Engste mit dem Institut der st. G. zusammen; unter gewissen Voraussetzungen und Beschränkungen komme das G.verhältniß auch nach Außen zur Geltung. Es könne unmöglich die Absicht des Anf.Gesetzes gewesen sein, in dieses Spezialinstitut einzugreifen und die Voraussetzungen der Haftpflicht des st. G.ers anders zu regeln oder zu beschränken. — Der in diesen Aeußerungen niedergelegten Auffassung vermag ich freilich, soweit es sich um den Art. 259 handelt, nicht beizutreten. Wenngleich es unzweifelhaft richtig ist, daß das Anfechtungsrecht auf Grund des Art. 259 eng mit dem Wesen der st. G. zusammenhängt, so beruht dasselbe darum doch nicht weniger auf „dem Gedanken des materiellen Konkurses" wie das Anfechtungsrecht nach Maßgabe der R.Konk.Ordn. und der Anfechtungsgesetze. Auch im Deutschen Reich würde die fortdauernde Geltung des Art. 259 ohne § 3 des E.G. zur R.Konk.Ordn. zu beanstanden sein. Bei Abfassung des österr. Ges. ist unser Art. 259 wahrscheinlich ganz übersehen worden. Die Verfasser des Gesetzes haben ihn weder aufrecht erhalten noch beseitigen wollen.

[8]) Zum folgenden Art. 259 Abs. 1.

[9]) Art. 259 Abs. 1 hat den gewöhnlichen Fall im Auge, in welchem die Auflösung der G. mit dem Abschluß des Dissociationsvertrages zusammenfällt. Geht letzterer der Auflösung vorauf, so ist das Jahr vom Zeitpunkt der Vereinbarung an zu rechnen. Der Fall, in welchem der Endtermin der G. bereits im G.vertrag festgesetzt ist, gehört überhaupt nicht hierher. Vergl. Reichsger. bei Gruchot (Rassow und Küntzel) Bd. 29 Beil. S. 997; Thöl § 112[7]; Renaud S. 183.

[10]) Art. 259[4], dazu besonders v. Hahn §§ 13–15; R 14. 38 (92). Nur dieser Gegenbeweis ist zulässig. Die Anfechtbarkeit beruht auf dem objektiven Thatbestand wie im Fall des § 25 R.Konk.O.; auf Redlichkeit oder Unredlichkeit der G.er kommt nichts an. Eine „Fiktion des Dolus" (v. Hahn § 1) ist entbehrlich.

Digitized by Google

des Komplementars auch, wenn ohne Auflösung der Gesellschaft eine Rückerstattung der Einlage an den stillen Gesellschafter stattgefunden hat, falls demnächst innerhalb eines Jahres die Konkurseröffnung erfolgt ist[11]).

In beiden vorerwähnten Fällen steht der vollständigen die theilweise Rückzahlung gleich[12]), auch gehören nicht blos die Fälle hierher, in denen die Rückerstattung der Einlage durch eigentliche Zahlung erfolgt, sondern auch diejenigen, in denen der Werth der Einlage dem stillen Gesellschafter erstattet, bezw. zu seinen Gunsten der Konkursmasse entzogen wird[13]). Ein Fall der letzteren Art liegt insbesondere dann vor, wenn dem stillen Gesellschafter durch Gewährung einer besonderen Sicherheit (Hypothek, Pfand, Grundschuld) die Stellung eines absonderungsberechtigten Gläubigers verschafft ist[14]).

c) Das Anfechtungsrecht steht ferner unter denselben Voraussetzungen gegenüber einem Abkommen zu, durch welches dem stillen Gesellschafter sein Antheil an dem entstandenen Verlust ganz oder theilweise erlassen wird[15]). Unter dem entstandenen Verlust ist der zur Zeit des Erlasses bereits eingetretene Verlust zu verstehen[16]).

---

[11]) Art. 259 Abs. 2. Das kritische Jahr beginnt, falls die Rückzahlung auf Grund einer vorgängigen Vereinbarung erfolgt ist, ebenfalls mit dem Zeitpunkt, in welchem die Vereinbarung geschlossen ist.

[12]) v. Hahn § 10; Renaud a. a. O.; anders Endemann § 54 zu Anm. 20. — Art. 259[1] ist nicht nur auf die Rückzahlung der Einlage selbst, sondern auch auf die Auszahlung von Gewinnantheilen anwendbar, falls der Gewinn gemäß Art. 255[2] zur Deckung früherer Geschäftsverluste zu verwenden gewesen wäre; a. M. v. Hahn § 6.

[13]) Kompensation, Datio in solutum, nicht dagegen Novation (v. Hahn und Renaud rechnen die Novation hierher, wenn durch dieselbe an Stelle der dem stillen G.er aus dem G.vertrag zustehenden Forderung eine privilegirte oder höher privilegirte Forderung gesetzt ist. Solche privilegirte Forderungen giebt es aber nicht mehr). R 14. 38 (93); v. Hahn § 7; Renaud S. 186.

[14]) R 14. 38; Reichsger. bei Gruchot (Rassow u. Küntzel) Bd. 29 Beil. S. 996. Auch in diesem Fall kommt es, wenn die Sicherung des stillen G.ers durch Uebereinkunft bewirkt wird, auf den Zeitpunkt der letzteren an. Ist die Bestellung der Sicherheit im G.vertrag bedungen, so kann von einer Anfechtung derselben auf Grund des Art. 259 nicht die Rede sein; oben Anm. 9.

[15]) Art. 259 Abs. 3.

[16]) Nicht auch der nach dem Erlaß eintretende Verlust, d. h. der Verlust aus Geschäften, die nach dem Erlaß, aber vor der Konkurseröffnung geschlossen sind. Dies folgt schon aus dem Wortlaut, ergiebt sich aber auch aus dem Prinzip des Gesetzes, welches nicht den unveränderten Fortbestand des G.verhältnisses bis zur Konkurseröffnung gewährleisten will. Vgl. zu Anm. 23.

Digitized by Google

Ein solcher Erlaß kann von den Konkursgläubigern des Komplementars angefochten werden, gleichviel ob das Gesellschaftsverhältniß aufgelöst ist oder nicht, falls innerhalb eines Jahres nach dem Erlaß Konkurs über das Vermögen des Komplementars eröffnet worden ist[17]).

Unerwähnt läßt das Gesetz den Erlaß der Einlage selbst. Nach den Beschlüssen zweiter Lesung unterlag auch dieser der Anfechtung; in dritter Lesung ist derselbe gestrichen worden, weil die Gläubiger des Komplementars keinen Anspruch auf den Fortbestand der stillen Gesellschaft haben[18]). Daraus ergiebt sich, daß der Erlaß künftig fällig werdender Einlagen der Anfechtung auf Grund des Art. 259 entzogen ist[19]). Nicht das Gleiche gilt vom Erlaß der rückständigen Einlagen, auf den der vorerwähnte Grund nicht zutrifft und der daher auch von den Konkursgläubigern angefochten werden kann, insoweit er einen Erlaß des vom stillen Gesellschafter zu tragenden Verlustantheils in sich schließt[20]).

Das Ziel der Anfechtung ist in sämmtlichen vorstehenden Fällen darauf gerichtet, die Konkursgläubiger dem stillen Gesellschafter gegenüber in die Lage zu bringen, wie wenn der angefochtene Rechtsakt nicht geschehen wäre[21]). In den Fällen, in denen eine Rückerstattung der Einlage an den stillen Gesellschafter stattgefunden hat, muß dieser demnach die zurückerhaltene Einlage wieder zur Konkursmasse einbringen[22]), wird aber auch bezüglich seiner Ansprüche an den Komplementar restituirt, die er nunmehr seinerseits als Konkursgläubiger

---

17) Renaud S. 186.

18) E. II 243; dazu Prot. 4554 f., v. Hahn § 8; Renaud a. a. O.

19) Uebereinstimmend v. Hahn. Der Erlaß noch nicht fälliger Einlagen kann nur in Frage kommen, wenn die G. nicht aufgelöst wird; oben § 94 III. Ein solcher Erlaß bedeutet, daß die G. fortan auf andere Grundlagen gestellt sein soll als nach dem ursprünglichen G.vertrag.

20) Vgl. unten zu Anm. 25.

21) Ueber die Wirkungen des Anfechtungsrechtes im Allgemeinen: Grützmann Anfechtungsrecht S. 221 ff.; Cosack S. 238 ff.

22) Und zwar sowohl dann, wenn die Rückerstattung durch eigentliche Zahlung wie wenn sie durch Kompensation oder Datio in solutum erfolgt ist. Im Fall der Datio in solutum sind die dem stillen G.er an Zahlungsstatt übereigneten Gegenstände, bezw. deren Werth zur Zeit der Aushändigung zurückzugewähren. Ist die Einlage zur Kompensation benutzt, so bewirkt die Anfechtung, daß die Kompensation als nicht geschehen gilt. Der stille G.er muß demnach den Betrag der durch Aufrechnung getilgten Forderung zur Konkursmasse einzahlen.

Digitized by Google

geltend machen kann[23]). Bestand die angefochtene Uebereinkunft in der Gewährung einer besonderen Sicherheit, so wird durch die Anfechtung dem stillen Gesellschafter die Stellung eines absonderungsberechtigten Gläubigers entzogen[24]). Ebenso wird der Erlaß des vom stillen Gesellschafter zu tragenden Verlustantheils als nicht geschehen, die erlassene Einlage immer noch als rückständig betrachtet. In letzterem Fall ist demnach der stille Gesellschafter trotz des Erlasses verpflichtet, die rückständige Einlage bis zu dem Betrag, der zur Deckung seines Antheils am Verlust erforderlich ist, in die Konkursmasse einzuzahlen. Weiter geht seine Verpflichtung nicht, er steht nicht dem stillen Gesellschafter gleich, dem die Einlage zurückgezahlt worden, und ist daher nicht gehalten, die gesammte rückständige Einlage einzuwerfen[25]).

In Bezug auf die Ausübung des Anfechtungsrechtes kommen gegenwärtig die Bestimmungen der R.Konk.O. zur Anwendung, insoweit sie nicht auf besonderen, dem Art. 259 fremden Voraussetzungen beruhen[26]). Die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches erfolgt

---

[23]) Der stille G.er macht die Forderungen als Konkursgläubiger geltend, die ihm gegen den Komplementar aus dem G.verhältniß zustehen. Maßgebend hierfür ist der Zeitpunkt der Auflösung des G.verhältnisses, Art. 259 [1], und zwar auch dann, wenn die G. durch Uebereinkunft aufgelöst ist. Es kommt weder auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung an, da das Gesetz nicht etwa die Fortdauer der durch Uebereinkunft aufgelösten G. bis zur Konkurseröffnung fingirt, Prot. 4558; v. Hahn § 2, noch wie Thöl § 112 Anm. 7 will, auf den Zeitpunkt, in welchem die Uebereinkunft über die Auflösung geschlossen ist. Vergl. hiergegen Renaud S. 185.

[24]) Das die Absonderungsbefugniß begründende Recht (Faustpfand, Hypothek, Grundschuld) ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Sie können die Auslieferung der verpfändeten Sache zur Konkursmasse, die Löschung der Hypothek oder Grundschuld fordern, bezw. insoweit dies nach bürgerlichem Recht zulässig ist, das Recht aus der Hypothek oder Grundschuld zu Gunsten der Konkursmasse geltend machen.

[25]) Uebereinstimmend v. Hahn § 8; a. M. Thöl § 112 Anm. 6, Renaud S. 188. Thöl meint: es ist gar zu widersinnig, zwei gleiche Fälle (nämlich den Fall der zurückgezahlten und des Erlasses der rückständigen Einlage) verschieden zu behandeln. Die beiden Fälle stehen einander zwar nahe, sind aber nicht gleichartig. Dagegen trifft der Vorwurf Thöl's in viel höherem Maß seine eigene Ansicht, denn es würde danach verschieden zu behandeln sein der Fall, in welchem die Einlage rückständig ist, weil der Erlaß als nicht erfolgt angesehen wird, und der Fall, in welchem überhaupt kein Erlaß stattgefunden hat. (Art. 258 [2], oben § 94 zu Anm. 23.)

[26]) Zum Folgenden R.Konk.Ordn. 29, 28, 33 [1], 34. Die Anwendung dieser Bestimmungen auf das Anfechtungsrecht aus Art. 259 ist geboten, wenn man

Digitized by Google

danach nur durch den Konkursverwalter, nicht durch die einzelnen Gläubiger; die Ausübung kann nicht blos mittelst einer Klage, sondern je nach den Umständen auch im Wege der Einrede oder Replik stattfinden. Die Anfechtung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der stille Gesellschafter auf Grund des angefochtenen Rechtsaktes einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt, Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erwirkt hat. Das Anfechtungsrecht kann auch gegen die Erben des stillen Gesellschafters geltend gemacht werden; es verjährt in einem Jahr seit der Eröffnung des Konkurses.

III. „Ob und in wie weit eine rechtliche Wirkung zu Gunsten dritter Personen eintritt, wenn durch einen stillen Gesellschafter oder mit dessen Willen das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgemacht wird, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen." [27]) — Diese Bestimmung hat einerseits eine negative Bedeutung, insofern sie den von der früheren Doktrin bisweilen an die Kundmachung der stillen Gesellschaft geknüpften weiter gehenden Folgerungen entgegentritt [28]), andererseits aber auch einen positiven Inhalt, indem sie

---

die in letzterem Art. den Gläubigern eingeräumten Befugnisse als eine Erweiterung der actio Pauliana betrachtet. Auch schon vor der R.Konk.Ordn. waren auf derartige Ansprüche die Grundsätze des Landesrechts über die Anfechtung von Rechtshandlungen im Konkurse anwendbar; so § 111 der Preuß. Konk.O. (Prinzip der freien Beweiswürdigung) Anschütz Kommentar II S. 558 Anm. 6; § 112 ebdas. und dgl. m. Für die obige Ansicht sprechen auch die Mot. zu § 3 des E.Ges. zur R.Konk.Ordn. Vgl. auch Puchelt zu Art. 259 Anm. 2.

[27]) Art. 260. Hierzu außer den Anm. 1 Angef. Romen die Kundmachung der sog. (?) stillen G. und deren Wirkungen zu Gunsten dritter Personen. Promotionsschrift. Emmerich 1881. — Entstehungsgeschichte des Art. 260 bei v. Hahn. Die sog. kundgemachte stille G. ist eine mißlungene, und wie bereits Lastig S. 757 f. bemerkt hat, auch unpraktisch gebliebene Schöpfung des H.G.B.'s. Die durchaus zutreffenden Gründe, mit denen der in 2. Les. gemachte Vorschlag der Redaktions-Kommission, der Veröffentlichung der st. G. jede Rechtswirkung zu versagen, motivirt wurde (Prot. 1160 f.), sind in den Berathungen der N. C. nicht widerlegt worden. Aus der Judikatur vermag ich nur eine Entsch. anzuführen, in der Veranlassung genommen wird, auf Art. 260 einzugehen, Cl u. A 1. 81; auch hier wird derselbe nur beiläufig angezogen. Daß, wie hieraus hervorgeht, der obigen Bestimmung jedenfalls nur eine äußerst geringe Anwendbarkeit zukommt, ist sehr erklärlich, da bis zur Einführung des H.G.B.'s die Veröffentlichung der st. G. in Deutschland wenig üblich war (Goldschmidt krit. Zeitschr. Bd. 4 S. 332) und seitdem für diejenigen Fälle, in denen die G.er das G.verhältniß äußerlich hervortreten lassen wollen, die Form der K.G. ausreicht.

[28]) Alle nach bisherigem Recht an die Kundmachung der stillen G. geknüpften Folgen, soweit sie nicht auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhen, sind durch

Digitized by Google

darauf hinweist, daß die Kundmachung des Gesellschaftsverhältnisses eine Verpflichtung des stillen Gesellschafters Dritten gegenüber begründen kann.[29]) Die Wirkung der Kundmachung ist mit Rücksicht auf die Art und den Inhalt derselben zu bestimmen. Abgesehen von der Vorfrage, ob sie unmittelbar oder mittelbar auf den Willen des stillen Gesellschafters zurückzuführen ist, kommt namentlich in Betracht, ob lediglich die Betheiligung des stillen Gesellschafters oder auch die Höhe derselben bekannt gemacht, sowie ob die Kundgebung mittelst einer öffentlichen, an das betheiligte Publikum im Allgemeinen gerichteten Erklärung oder nur bestimmten Personen gegenüber erfolgt ist.[30]) Die für die Beurtheilung maßgebenden allgemeinen Rechtsgrundsätze sind theils dem Handelsrecht, theils dem bürgerlichen Recht zu entnehmen. Von ersterem gehören die Bestimmungen des H.G.B.'s hierher, insoweit sie sich auf Willenserklärungen bei Handelsgeschäften beziehen[31]); auf die Handelsgebräuche ist vorzugsweise dann zurück-

---

Art. 260 aufgehoben. Ursprünglich hatte jedes Hervortreten des st. G.ers nach Außen die Wirkung, daß er sich als offener G.er behandeln lassen mußte. Schon vor dem H.G.B. hielt die deutsche Doktrin an dieser strengen Auffassung nur für die Fälle fest, in denen der st. G.er sich als G.er schlechthin gerirt, nicht dann, wenn er sich als nur mit einer Einlage betheiligt, sei es mit, sei es ohne Angabe des Betrages, zu erkennen gegeben hatte. Doch bestanden in Bezug auf die Behandlung des letzteren Falles ziemlich weit gehende Meinungsverschiedenheiten. Vgl. Heise § 25; Morstadt S. 72; Thöl H.R. (4. Aufl.) Bd. I § 41 f.; Brinckmann § 55 S. 213; § 56 Anm. 13; Treitschke S. 169, 262 f.; Goldschmidt Diss. p. 20 s.; krit. Zeitschr. Bd. 4 S. 332; Lastig S. 747 f. Weiter als das festländische Recht, selbst in seiner strengsten Richtung, geht das englische Recht, welches den dormant partner, auch ohne äußerliches Hervortreten, in solidum für die G.schulden haften läßt. Vgl. über das Prinzip und dessen Modifikationen durch die neuere Gesetzgebung oben S. 442; Renaud S. 57.

[29]) Die im Text vertretene Auffassung steht in der Hauptsache mit den Ausführungen v. Hahn's im Einklang. Der gleichen Ansicht sind auch wohl Renaud S. 99 ff. und Lastig S. 747 ff. Weiter gehende Wirkungen werden der Veröffentlichung von Thöl § 114 zugeschrieben (unten zu Anm. 35).

[30]) Die Mittheilung über das Vorhandensein der st. G. kann derartig sein, daß sie überhaupt nicht als Willenserklärung anzusehen ist, so z. B. blos gesprächsweise beiläufige Aeußerungen. Dann liegt überhaupt keine Kundmachung im Sinne des Ges. vor, Prot. 1170 f.; v. Hahn § 16 f. Andererseits braucht die Kundmachung nicht nothwendig eine ausdrückliche Erklärung zu sein.

[31]) Namentlich Art. 317. Auch zur Anwendung anderer Bestimmungen aus dem zweiten bis vierten Abschn. des vierten Buches kann Gelegenheit sein. In höherem Maß dann, wenn der st. G.er Kaufmann ist, da alsdann auch die aus der Kundmachung entstehende Verpflichtung Handelsgeschäft ist.

Digitized by Google

zugehen, wenn es sich um die allgemeinen Voraussetzungen und Wirkungen von Willenserklärungen, die an das Publikum gerichtet sind, handelt.[32]) Dagegen beruht die Entscheidung der Frage, ob die Kundmachung, vorausgesetzt, daß sie den Erfordernissen einer gültigen Willenserklärung entspricht, eine Haftung des stillen Gesellschafters Dritten gegenüber begründet, auf dem bürgerlichen Recht. Nach gemeinem Recht hat eine auf die bloße Thatsache der Betheiligung sich beschränkende Bekanntmachung keine andere Bedeutung als die einer Empfehlung des vom Komplementar betriebenen Handelsgewerbes; eine Verbindlichkeit des stillen Gesellschafters ist auf Grund derselben höchstens im Fall des Dolus anzunehmen.[33]) Ist dagegen die Höhe der Betheiligung bekannt gegeben, so liegt eine den stillen Gesellschafter verpflichtende Erklärung vor, und zwar hat dieselbe den Charakter eines Garantieversprechens.[34]) Der stille Gesellschafter haftet aber auch in diesem Fall weder unbeschränkt, noch in der Weise eines Kommanditisten für die Geschäftsschulden des Komplementars. Aehnlich der des Kommanditisten ist im Fall der Kundmachung der Einlage die Stellung des stillen Gesellschafters insofern, als seine Haftung ebenfalls durch den Betrag der angekündigten Einlage begrenzt wird; ein wesentlicher Unterschied aber besteht darin, daß die Haftung des stillen Gesellschafters eine blos subsidiäre ist.[35]) Die

---

[32]) Oben § 39 S. 226 ff.

[33]) Nicht eigentlich hierher gehört der Fall, in welchem sich Jemand als st. G.er bezeichnet, ohne es zu sein. Es ist aber auch nicht undenkbar, daß die kundgemachte Thatsache wahrheitsgemäß ist und dennoch eine dolose Kreditempfehlung enthält, Renaud S. 110, 112.

[34]) Die Verpflichtung des st. G.ers im Fall der Kundmachung wird in der bisherigen Literatur, abgesehen vom Dolus, auf ein mandatum de credendo zurückgeführt. Daß es richtiger ist, sich vom Begriff des Mandats loszusagen und an Stelle desselben den des Garantieversprechens zu setzen, ergiebt sich aus der trefflichen Abhandlung von Stammler im Arch. f. civ. Pr. Bd. 69 Heft 1, vgl. bes. S. 64 und 82 f. das. An letzterer Stelle wird auf einen dem unsrigen ähnlichen, in R 10. 15 (86 f.) erörterten Fall eines Garantieversprechens hingewiesen.

[35]) Nach Thöl bewirkt die Kundmachung, falls der H.fond des Komplementars nicht zur Deckung der Handelsschulden ausreicht, daß die Einlage des st. G.ers als gänzlich verhandelt gilt. Er hat mithin keinen Anspruch aus dem G.vertrag. Ist die Ueberschuldung des Komplementars nicht durch H.schulden, sondern durch Privatverbindlichkeiten desselben herbeigeführt, so hat zwar der st. G.er an sich einen Anspruch auf gänzliche oder theilweise Rückzahlung der eingezahlten Einlage, ist aber in Folge der Kundmachung genöthigt, denselben den H.gläubigern abzutreten. War die Einlage nicht eingezahlt, so soll in diesem

Digitized by Google

aus dem Garantieversprechen berechtigten Gläubiger des Kommentars haben einen unmittelbaren Anspruch gegen den stillen Gesellschafter nur, wenn das Vermögen des Komplementars zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht.[36]) Dieser Anspruch der garantieberechtigten Gläubiger ist unabhängig vom Anspruch des Komplementars gegen den stillen Gesellschafter; er steht zu, wenn die rückständige Einlage nicht geleistet oder die eingeworfene dem Handlungsfond wieder entzogen ist.[37]) Garantieberechtigt sind im Fall einer öffentlichen Kundmachung sämmtliche Handelsgläubiger des Komplementars, sonst nur diejenigen, an welche die Kundmachung erfolgt ist.[38])

Das Garantieversprechen erlischt, wenn die Gesellschaft aufgelöst wird; es kann auch ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses außer Kraft treten, wenn die Einlage dem stillen Gesellschafter ganz oder theilweise zurückgezahlt oder erlassen wird.[39]) — Jedoch wird

---

letzteren Fall den H.gläubigern ein Anspruch auf die rückständige Einlage auch insoweit zustehen, als der Komplementar kein Recht hierauf hat (d. h. auch insoweit die rückständige Einlage nicht zur Deckung des vom st. G.er zu tragenden Antheils am G.verlust erforderlich ist). — Diese Annahmen beruhen auf einer nichts weniger als natürlichen Interpretation der in der Kundmachung enthaltenen Willenserklärung des st. G.ers.

[36]) Jeder berechtigte Gläubiger kann den Anspruch selbständig geltend machen. Vermögensunzulänglichkeit des Komplementars ist erforderlich; es genügt nicht, daß der Handlungsfond nicht ausreicht (außer wenn der Komplementar eine Hg. ist). Vermögensunzulänglichkeit ist nach Analogie von Art. 314 anzunehmen, wenn der Komplementar in Konkurs verfallen oder auch nur seine Zahlungen eingestellt hat oder wenn fruchtlos Exekution in sein Vermögen vollstreckt ist. Im Fall des Konkurses geht der Anspruch auf den Ausfall, den der Gläubiger durch die Nichteinzahlung oder Zurückziehung der Einlage erleidet. In den übrigen Fällen ist der Anspruch von vorn herein auf den vollen Betrag der rückständigen oder zurückgezogenen Einlage begründet; der stille G.er kann aber einredeweise darthun, daß der Gläubiger konkursmäßig auch mit Hinzurechnung der Einlage nur einen geringeren Betrag erhalten haben würde.

[37]) Im Fall einer Zurückzahlung oder eines Erlasses der Einlage ist der Anspruch der Gläubiger nicht an die Voraussetzungen des Art. 259 gebunden.

[38]) v. Hahn § 17. Oben S. 228 f. Daselbst ist hervorgehoben, daß auch die Versendung von Circularen an Geschäftsfreunde unter Umständen als eine öffentliche, für das Publikum im Allgemeinen bestimmte Kundmachung anzusehen ist. Das Garantieversprechen bezieht sich den berechtigten Gläubigern gegenüber auch auf die vor demselben begründeten Forderungen an den Komplementar; denn sie sind nunmehr berechtigt, den Komplementar auch in Betreff dieser Forderungen als durch die Einlage gedeckt zu betrachten. Z. Th. abweichend v. Hahn § 20.

[39]) Nicht denkbar ist, daß der st. G.er bei unverändertem Fortbestand des G.verhältnisses das in der Kundmachung enthaltene Garantieversprechen, wenn

Digitized by Google

in allen diesen Fällen die Haftung des stillen Gesellschafters nur für die Zukunft, nicht in Betreff der bereits begründeten Forderungen beseitigt.[40]) Auch muß die die Haftung beseitigende Thatsache in einer der früher erfolgten Kundmachung der stillen Gesellschaft entsprechenden Weise bekannt gemacht werden, sonst kann sie gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden.[41]) .

Zusatz zu § 91—95. Da nach den fremden Gesetzgebungen die unserer stillen Gesellschaft entsprechende Gesellschaftsform vielfach mit der Participationsgesellschaft zusammenfällt, so erscheint es angemessen, die hierher gehörige Uebersicht der außerdeutschen Rechte in das von der Gelegenheitsgesellschaft handelnde fünfte Kapitel dieses Buches zu verweisen.

Von den Entwürfen kommt nur E. II in Betracht, da erst hier die stille G. als eine selbständige, von der Kommanditgesellschaft unterschiedene Gesellschaftsform hervortritt; oben S. 442; v. Hahn Vorbem. z. zweiten Tit. des zweiten Buchs § 4; Renaud Kommanditgesellsch. S. 42 ff.; stille G. S. 48; Lastig S. 731 ff.

E. II 236—248 stimmt bereits zum größten Theil mit dem Text des H.G.B.'s überein. Die Verschiedenheiten beschränken sich auf folgende Punkte.

Es fehlt unser Art. 253 Abs. 2: Befugniß des Gerichts, aus wichtigen Gründen auf Antrag des st. G.ers jederzeit die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen anzuordnen.

Noch nicht vorhanden ist ferner unser Art. 255 Abs. 3, wonach der vom stillen G.er nicht erhobene Gewinn in Ermangelung einer besonderen Verabredung die Einlage desselben nicht vermehrt.

Beide Bestimmungen wurden in 3. Les. einstimmig beschlossen, die zweite als aus dem Wesen der stillen G. sich ergebend, die erste, weil mit der gleichen bei der Kommanditgesellschaft zu Gunsten des Kommanditisten gewährten Befugniß (Art. 160 Abs. 3, ebenfalls erst in 3. Les. angenommen, oben Zus. II zu § 90) im Einklang stehend. Prot. 4546.

---

auch nur für die Zukunft, zurückzieht; es müßte denn die Kundmachung thatsächlich unrichtig gewesen sein.

[40]) v. Hahn § 14, 15. Die Verjährung des Anspruches aus dem Garantieversprechen bestimmt sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Die Verjährung des Anfechtungsanspruches (R.Konk.O. 34, oben zu Anm. 26) ist nicht anwendbar. Von der Verjährung auf Grund des Art. 146, an die Rießer Handelsrechtspraktiken S. 102 Anm. 2 denkt, kann gewiß keine Rede sein.

[41]) Ist die betr. Thatsache gehörig veröffentlicht, so ist die Unkenntniß derselben nur ausnahmsweise zu berücksichtigen, oben S. 229. Nicht ganz übereinstimmend v. Hahn § 23. — Es bedarf kaum der Erwähnung, daß der st. G.er, abgesehen von den in diesem § erörterten Fällen, aus einem speciellen Rechtsgrund den Gläubigern des Komplementars verpflichtet sein kann. So wenn er sich denselben besonders verbürgt hat oder auf Grund des Art. 55. Dagegen findet Art. 167 Abs. 3 auf den stillen G.er keine Anwendung.

Digitized by Google

Nicht unbeanstandet blieb dagegen unser gleichfalls erst in 3. Les. aufgenommener Art. 263, der die Vorschrift des Art. 126 auf die „Privatgläubiger" des st. G.ers für anwendbar erklärt. Eingewendet wurde gegen denselben namentlich, daß den Privatgläubigern des st. G.ers ein Recht, die Auflösung der G. und die Rückgabe der Einlage ihres Schuldners zu fordern, aus inneren Gründen ebensowenig zustehe als den Gläubigern eines Darlehnsgebers, der sich in Bezug auf die Rückzahlung lästigen Bedingungen unterworfen habe, die Befugniß einzuräumen sei, mit Hintansetzung dieser Bedingungen die Darlehnsforderung geltend zu machen. Dieses Bedenken wurde indeß zurückgewiesen in der Erwägung, daß „auch bei der st. G. das gesellschaftliche Element mit festgehalten worden sei und daß überdies die unserem Art. 126 zu Grunde liegende ratio jedenfalls auch für die st. G. zutreffend sei, gleichviel wie man ihren vorherrschenden Charakter auffasse", Prot. 4651 f.

Die Hauptänderungen der 3. Les. betreffen die auf den Konkurs der G.er bezüglichen Bestimmungen. Nach E. II war wie bei der Kommanditgesellschaft nur der Konkurs des Komplementars, nicht dagegen der des st. G.ers ein Auflösungsgrund, E. II 245[1], 247 vgl. mit unserem Art. 269 Abs. 1 Nr. 3, Prot. 1178, 4651 f.; oben § 90 Anm. 3. Im Konkurs des Komplementars sollten ferner alle Gläubiger desselben vor dem st. G.er befriedigt werden und der st. G.er verpflichtet sein, die ganze rückständige Einlage zur Konkursmasse einzuzahlen; E. II 243 Abs. 1 vgl. mit unserem Art. 258, Prot. 4547 f., oben S. 619 Anm. 41; auch § 94 Anm. 28. In der unserem Art. 259 entsprechenden Bestimmung war endlich neben der Zurückzahlung der Erlaß der Einlage, dagegen nicht der Erlaß des den stillen G.er treffenden Verlustantheils erwähnt. Auch waren die in den ersten beiden Sätzen unseres Art. 259 enthaltenen, die Zurückzahlung betreffenden Fälle noch nicht gesondert und es trat in Folge dessen nicht deutlich hervor, daß die den Konkursgläubigern des Komplementars zustehende Befugniß sich auch auf den Fall erstrecken solle, in welchem die Zurückzahlung der Einlage nach einer durch Uebereinkunft herbeigeführten Auflösung der Gesellschaft erfolgt sei. Art. 243 Abs. 2 vgl. mit unserem Art. 259. Prot. 1091, 1167 f., 4554 ff., 4650; oben § 95 zu Anm. 18.

---

10. f. 111.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

